

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

Alexandre Pereira Hubert

**ATOS DE GOVERNO E INTERVENÇÃO JUDICIAL:
UM RESGATE HISTÓRICO E SUAS IMPLICAÇÕES
NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Florianópolis
2013

Alexandre Pereira Hubert

**ATOS DE GOVERNO E INTERVENÇÃO JUDICIAL:
UM RESGATE HISTÓRICO E SUAS IMPLICAÇÕES
NO DIREITO BRASILEIRO**

Esta Dissertação de Mestrado foi julgada adequada para obtenção do Título de “Mestre em Direito” e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área de concentração Direito, Estado e Sociedade.

Florianópolis, 07 de agosto de 2013.

Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Presidente - UFSC

Prof. Dr. Rogério Dutra dos Santos
UFF

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia
UNIVALI

Prof. Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo
UFSC

AGRADECIMENTOS

A diversas pessoas e instituições se devem graças pelo auxílio na elaboração deste trabalho. Cumpre-me, aqui, especialmente agradecer:

A Deisy da Cruz, esposa, companheira, devo a compreensão dos momentos de ausência e o apoio inestimável enquanto visualizava-me debatendo contra um texto que teimava em não se materializar. Este trabalho não seria possível sem seu carinho.

Aos meus familiares, Ivan, Neusa e Fernanda Hubert, pai, mãe e irmã, sou grato pela cobrança saudável, elogiosa, que sempre fez com que eu de mim mais exigisse, questionando a dureza dos meus obstáculos.

Aos grandes amigos que tenho a felicidade de ter feito durante meu percurso acadêmico, grandes apoiadores também, em início, meio e fim desta empreitada, que os represento em Adailton Costa, suporte incondicional e definitivo para a elaboração desta dissertação.

Ao Professor Luiz Henrique Cademartori, orientador, que desde o princípio confiou na elaboração desta dissertação, com palavras de estímulo que deram completude ao texto que se desenhava.

Aos demais professores da Universidade Federal de Santa Catarina, fontes de conhecimento e certeza de importantes debates, responsáveis pela minha formação acadêmica.

Aos colegas do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sempre compreensíveis e animadores, que souberam reconhecer e estimular este esforço.

Às bibliotecas em que tive a possibilidade de efetuar pesquisas, e especialmente a seus servidores.

À Fundação Biblioteca Nacional, brasileira, e à Biblioteca Nacional da França, que em seus esforços para a facilitação de acesso ao conhecimento digitalizaram, aquela na Hemeroteca, esta no sítio Gallica, importantíssimas fontes de pesquisa para este trabalho.

RESUMO

A configuração do instituto do ato de governo, segundo seja uma espécie de ato emanada por um dos Poderes do Estado capaz de escapar à apreciação judicial, dá-se de forma histórica. É dizer não que se configure em um caminho histórico sequencial, porém que sua interpretação está imanentemente vinculada ao local histórico-político em que se verifica sua incidência. Daí que se inicia pelo estudo de sua gênese como teoria de direito público, ocorrida na França, para que se verifiquem ali as vicissitudes da condição que a geraram. Tratava-se do Conselho de Estado com uma perspectiva de se autolimitar para garantir sua preservação. O instituto é verificado, declaradamente ou não, em seguida em direito brasileiro, mediante a análise de alguns aspectos destacados. Verificando-se, então, desde a fase imperial, manifestações que geram como efeito a exclusão – ou, novamente a autolimitação – do Poder Judiciário de apreciar determinadas matérias gerais ou atos específicos. Ao fim, elabora-se um estudo sobre a doutrina brasileira acerca do instituto e, mediante a análise de um voto do Supremo Tribunal Federal específico, o de Joaquim Barbosa no pedido de extradição n. 1.085, conclui-se pela possibilidade de aplicação em um Estado constitucional do objeto deste estudo, segundo ditames constitucionalmente verificáveis.

Palavras-chave: Ato de governo. Ato político. Controle judicial da administração pública. Direito Administrativo. História do Direito Administrativo.

ABSTRACT

The development of the act of government – or political question –, in which it refers to a kind of act that emerges from one of the Federal Powers able to escape judicial review, is conceived historically. What it means it is not that such institute is made in a sequential-historical way, but that it is only possible to be properly acknowledged in its historical context. From that perspective, this text starts from the study of its genesis as a made theory of public law, in France, so that it is possible to verify the specific condition which generated the concept. Conseil d'Etat trying to, before limiting itself, assure its continuation. The institute is also verified, between specific declaration or not, in Brazilian law, after the study of some chosen cases. It is possible to see, then, since the imperial government, measures which tend to exclude the judicial review, self inflicted by the courts, or externally determined. In the end, it is developed a reading about the Brazilian state of theory about this institute, and, by analyzing the vote of the judge Joaquim Barbosa in the extradition n. 1.085, it was concluded the possibility of modern application of this theory, according to constitutionally predicted rules and principles.

Keywords: Act of government. Political Question. Judicial Review of public administration. Administrative Law. History of Administrative Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 UM REFERENCIAL: EM REVOLUÇÃO E CONTRARREVOLUÇÃO, O ATO DE GOVERNO FRANCÊS ..	17
1.1 AS PRIMEIRAS MEDIDAS DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA PÓS-REVOLUÇÃO FRANCESA, O <i>RÉFÉRÉ LEGISLATIF</i>	18
1.2 O CONSELHO DE ESTADO, A RESTAURAÇÃO E O SURGIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO FRANCÊS.....	24
1.3 A GÊNESE HISTÓRICA DO ATO DE GOVERNO.....	30
1.3 O móvel político	31
1.3.2 O caso príncipe Napoleão e o rompimento com o móvel político	33
1.3.3 Menos poder ao poder: A classificação do ato de governo por sua natureza	35
1.4 IMPLICAÇÕES E PRESSUPOSTOS DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ATO DE GOVERNO FRANCÊS.....	38
1.4.1 O ato de governo implica a impossibilidade pelo juiz de assumir sua interpretação,.....	39
1.4.2 A incompetência jurisdicional absoluta engendrada pelo ato de governo é uma incompetência original e aparte.....	40
1.4.3 O ato de governo, a despeito de suas possíveis relações, deve ser considerado distintamente do ato discricionário e com ele não se confunde.....	41
1.4.4 O ato de governo pressupõe um controle jurisdicional altamente desenvolvido.....	42
 2 AS CONCEPÇÕES SOBRE ATO DE GOVERNO NA HISTÓRIA BRASILEIRA: ASPECTOS DESTACADOS	 45
2.1 A QUESTÃO NO IMPÉRIO: O CONSELHO DE ESTADO	45
2.1.1 Avanço sobre as garantias dos juízes	48
2.1.2 Limitação da competência do Poder “Judicial” na guarda da Constituição: a constitucionalidade e a interpretação das lei	50
2.1.3 Contencioso administrativo.....	53
2.2 PRIMEIRA REPÚBLICA	55
2.2.1. O pensamento de Rui Barbosa	56
2.2.2 A doutrina de Rui Barbosa em xequê, o HC-300	58
2.3 ERA VARGAS: A TIPIFICAÇÃO DO ATO DE GOVERNO.....	64

2.3.1 A Emenda Constitucional de 1926 como uma prévia do sistema varguista de ato de governo	64
2.3.2 A Constituição de 1934	68
2.3.2.1 A tipificação do ato de governo e o controle da declaração de inconstitucionalidade	70
2.3.3 A Constituição de 1937 e o controle da declaração de inconstitucionalidade	73
2.4 A EXCLUSÃO DO PODER JUDICIÁRIO DURANTE A DITADURA MILITAR.....	76
2.4.1 A fundamentação de como o ato institucional se exclui do controle judicial	76
2.4.2 Os primeiros atos institucionais e a Constituição de 1967	79
2.4.3 Ato Institucional número 5: a prisão como um Ato de Governo	82

3 UM MODO DE USO COERENTE COM A DOUTRINA BRASILEIRA: O ATO DE GOVERNO POSSÍVEL	87
3.1 A POSIÇÃO DA DOUTRINA BRASILEIRA SOBRE O ATO DE GOVERNO	87
3.1.1 Implicações da consideração do ato de governo como espécie do gênero ato administrativo	88
3.1.2 O raciocínio acerca da perda da característica de ato de governo	94
3.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITES AO ATO DE GOVERNO.....	96
3.3 ATO DE GOVERNO, MODO DE USO: O VOTO DO MINISTRO JOAQUIM BARBOSA NO CASO CESARE BATTISTI.....	100
3.3.1 Um ato de governo em pauta: o contexto da Ext. 1.085.....	101
3.3.2 O Voto	103
3.3.2.1 A natureza do controle exercido pelo Poder Judiciário em atos de governo.....	105
3.3.2.2 Um ato de governo tem – e somente o é por ter – fundamento na separação constitucional de poderes.....	108
3.4 DECISÃO DA CORTE: O RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DO ATO DE GOVERNO EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO.....	112

CONCLUSÃO	115
------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA.....	119
--------------------------	------------

INTRODUÇÃO

O objeto desta dissertação pode ser assim delimitado: procura-se aqui efetuar um estudo de viés histórico da constituição da teoria corrente brasileira acerca do instituto do ato de governo ou ato político.

E, já que se está em um texto introdutório, convém que se facilite desde já a leitura. Portanto, se deve elucidar a escolha dos termos. Optar entre ato de governo ou ato político, delimitaria uma opção por um referencial teórico, já que a etimologia da expressão varia segundo a matriz francesa ou norte-americana. Explica-se: enquanto a expressão “ato de governo” seria uma tradução bastante rígida da forma francesa *acte de gouvernement*, aquela que – na doutrina brasileira e aqui neste trabalho – é tomada como sinônimo, o “ato político” seria uma tradução adaptada ao direito administrativo brasileiro, que possui grande parte da sua estrutura teórica baseada em atos administrativos, da norte-americana *political question*.

A principiar pelo referencial francês, como faz esta dissertação, segundo o percurso histórico até uma consolidação teórica bastante firme, parece que se deveria ter escolhido tão somente a expressão ato de governo, e se atido a ela. No entanto, este trabalho parte daquela conceituação para alcançar o debate brasileiro sobre o tema, e não se faria justiça àquele construído sem o reconhecimento da influência norte-americana, principalmente no pensamento de Rui Barbosa, pioneiro na teorização brasileira sobre o tema e até hoje apontado como referente sobre o assunto pela doutrina.

Assim é que o autor se deparou com uma impossibilidade mesmo de efetuar escolha. Partia de um referencial francês – e tão somente – para alcançar o miscigenado produto brasileiro, que é em grande parte devido à teorização norte-americana. Mais do que isso: não encontrou homogeneidade nos autores brasileiros, objeto último do desenvolvimento deste trabalho.

Ficou, assim, este trabalho pela opção mais comum na doutrina brasileira: o tratamento de ato de governo e de ato político como sinônimos, bem como expressões substituíveis. Registra-se, no entanto, em introdução, que não se está declarando que, em uma maior e própria digressão, não se possa efetuar distinções teóricas segundo o termo que se utilize, uma vez que referentes a uma ou outra matriz teórico-administrativa.

A análise de ocorrência de instituto análogo ao ato de governo na jurisprudência norte-americana (a *political question*), no entanto, não

se efetua neste trabalho, deixando-se tal estudo para um trabalho complementar.

No sentido, então, de apresentar aquele estudo de viés histórico sobre o instituto aqui em debate, principiou-se por ir-se em busca de uma teorização bastante sólida, com imensa influência sobre o direito administrativo brasileiro – principalmente aquele da primeira fase, a imperial –, e se encontrou tal referente na construção francesa sobre o tema.

Passível de ser delimitada em fases congruentes com os caminhos de ida e retorno em sentidos monárquicos ou republicanos, mais ou menos autoritários, a construção francesa sobre o assunto, pareceu ao autor, carece de melhor interpretação e explanação na historiografia do direito efetuada no Brasil. Em busca desta elaboração, sem, evidentemente, a pretensão de esgotá-la, passou-se a um estudo pelos manuais daquele país sobre o assunto, em história do direito administrativo, e mesmo de estudos contemporâneos.

Vez ou outra se encontraram textos pioneiros sobre o assunto, nos originais, o que se deve totalmente à disponibilização digital efetuada pela Biblioteca Nacional Francesa, textos que, pela necessidade de se caminhar neste trabalho, deverão ser mais bem estudados em um futuro próximo, porém despertam desde já a paixão histórica ao apreciador do tema.

Após a análise histórica sobre os percursos do ato de governo francês, buscou-se transformar aquele estudo em um conjunto de casos em que o instituto em análise se manifesta. É que um estudo histórico, dirão os melhores orientadores, não pode servir somente ao floreio ou a erudição vã de um trabalho acadêmico.

Neste conjunto de ocorrências destacadas, então, são trazidas consequências necessárias da adoção da teorização francesa – aquela histórica – do ato de governo.

A partir deste conjunto, e seguindo o percurso de leitura histórica de aspectos destacados – capazes de efetuar algum câmbio no ambiente necessariamente conflituoso que é a definição do ato de governo –, adentra-se o segundo capítulo, destinado à persecução daqueles momentos na história jurídica brasileira.

Aí se principia ainda na fase imperial, em que a influência de uma França da restauração borbônica, que em si mesma possui filiação teórica ao direito administrativo da França revolucionário, se faz presente desde o primordial manual sobre o assunto, até à nomeação do órgão máximo de resolução das questões administrativas, o Conselho de

Estado, passando, necessariamente, pela constituição de uma justiça administrativa em modelo de contencioso.

O ambiente seguinte, da Primeira República, parece se desenvolver em uma completa revolução, tendo no coautor do texto constitucional um pensador destacado. Rui Barbosa efetua um pensamento completo sobre o tema, determinando sequencialmente os limites que entende necessários à caracterização da insindicabilidade do ato de governo.

Tudo, no entanto, para que seu pensamento se choque contra a real-política da atuação judiciária do segundo ano da República, no julgamento de um fatídico, para a sua teorização, *habeas corpus*.

E daí se adentra uma novíssima fase nos textos constitucionais brasileiros: ainda em 1926, portanto anteriormente ao levante varguista, a figura do ato político, com a exclusão da apreciação judicial advinda dele, passa a fazer parte do texto constitucional. Fato pouquíssimo destacado na elaboração histórica brasileira acerca do tema, a Emenda Constitucional daquele ano seria um prenúncio do ato de governo que se declara nas constituições da Era Vargas.

Enquanto o percurso histórico trazido nos manuais de direito administrativo brasileiro costuma acabar por aí, com a simples indicação da cláusula de inafastabilidade da prestação jurisdicional presente na Constituição Federal de 1946, indicando que ela teria posto fim à existência do ato de governo em suas implicações históricas, este estudo propôs seguir adiante, não efetuar aquele salto confortável que oculta um período histórico em que com mais afinco se excluía o Poder Judiciário da apreciação das medidas administrativas: a Ditadura Militar está aqui neste trabalho, também, discutida.

É curioso que o percurso histórico efetuado pelos manuais não trate deste período. Não há sequer um ato institucional que não traga, de forma generalizada, em um de seus últimos artigos, a exclusão da possibilidade do Poder Judiciário apreciar-lhe ou os atos dele decorrentes.

O exemplo principal há de ser, e aí a presença é incontestável, o de um ato institucional em particular: o Ato Institucional nº 5. Não se trata no caso de excluir atos políticos abstratos, segundo exista carga política afeita aos grandes destinos da nação, ou a apreciação de um ato de cunho normativo, como as cláusulas presentes nos demais atos. Nesse ato, a exclusão da apreciação judicial se dá sobre uma medida em particular: a prisão. A prisão, bastando a adoção de determinados termos, poderia se constituir em um ato de governo.

E daí o trabalho adentra sua última fase: a da leitura e debate tendo como pano de fundo as concepções presentes contemporaneamente nos textos de direito administrativo brasileiro, novamente a partir de autores e posições destacadas.

Enquanto há autores que – não se pode dizer se como um ato de vontade ou abstração – ocultam o ato de governo de seus manuais ou textos acerca do controle jurisdicional efetuado sobre o Poder Executivo, outros o trazem segundo, no mais das vezes, uma leitura superficial. Daqueles que o buscam analisar tentou-se extrair elementos dissonantes dentro de uma teoria coerente do instituto.

Ademais, e principalmente, conseguiu-se encontrar um ponto consonante que é capaz de reconhecer a existência do ato de governo nos termos de uma interpretação de acordo com o modelo jurídico-constitucional brasileiro. E é uma interpretação que reverbera o Rui Barbosa, ao passo que contempla, outrossim, um constitucionalismo contemporâneo.

Como o estudo que aqui se propõe não se limita à abordagem teórica de viés histórica, em fins do último capítulo é apontada uma possibilidade de *instrução de uso* do instituto do ato de governo, para que não se fira o exercício de qualquer Poder do Estado.

O instrumentário desenvolvido parte do voto do Ministro Joaquim Barbosa no caso Cesare Battisti para tentar alcançar uma construção generalista, segundo a qual o Poder Judiciário passa a cumprir sua função institucional, de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais, ao mesmo passo em que resguarda, como também é de sua alçada, a aplicação da Constituição Federal no tocante ao reconhecimento da distribuição dos poderes do Estado.

1 UM REFERENCIAL: EM REVOLUÇÃO E CONTRARREVOLUÇÃO, O ATO DE GOVERNO FRANCÊS

Neste primeiro capítulo, serão abordadas as duas primeiras teorias francesas do objeto de estudo desta dissertação, o ato de governo, a teoria clássica e a teoria antiga, conforme definição de Jean Rivero, ou, como mais comumente nomeadas, o móvel político e a natureza do ato.

No entanto, para que seja efetuada esta abordagem, mister se debruce um pouco sobre a organização judiciária francesa adotada após o período revolucionário, com as devidas passagens em reestruturações monárquicas – de lá e de cá, dir-se-ia. Importante, assim, que seja identificada a tendência à redução do poder dos juízes, com diversas medidas neste sentido, sendo cabal exemplo aquele do *référé législatif*, em que era retirados dos magistrados a capacidade de interpretação das leis – em uma proposta de distinção entre aplicação e interpretação.

Igualmente, necessário que se aborde a criação e desenvolvimento, no período que diz respeito às teorias apresentadas, do órgão máximo de resolução dos julgamentos administrativos: o Conselho de Estado francês. Pois que seu desenvolvimento, entre autonomias maiores e menores, entre “reduções para se manter existente”, conforme trará Elizondo, possui relação inerente com a formulação das teorias do ato de governo francês.

A teoria antiga do ato de governo, como será visto, só pode surgir diante da relativa autonomia que este órgão alcançou, não no período republicano ou imperial, porém exatamente na restauração dos Bourbon, ocorrida em 1814.

Por certo, se dirá: só fará sentido que exista uma teoria que retira a possibilidade de conhecimento de um ato do contencioso administrativo, se este de fato possuir alguma independência. Esta posição primária consiste na elaboração de que: se em um ato que for trazido ao Conselho de Estado houver manifestação da Administração, através de um conselho de ministros, pontuando se tratar de um caso de “alta política”, esta alta corte não poderá dele conhecer. Esta teoria passou a ser conhecida pela doutrina como a teoria do “móvel político”, exatamente pela capacidade de que a Administração se torna capaz de outorgar a categoria de político a qualquer espécie de ato, sem rigidez de método ou natureza.

Esta teoria irá perdurar até, novamente, um período em que se pode falar de maior independência do Conselho de Estado: a terceira república, advinda após a queda de Luis Napoleão. E será substituída

pela chamada “teoria da natureza do ato”, em que, como uma máxima, ter-se-á: “a motivação política não faz de um ato administrativo irregular, um ato de governo”. Os atos de governo assim, o são por sua natureza, não por serem atos administrativos ordinários com motivação diversa.

1.1 AS PRIMEIRAS MEDIDAS DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA PÓS-REVOLUÇÃO FRANCESA, O *RÉFÉRÉ LEGISLATIF*

Não se pode afirmar, sem falta metodológica, que não se manifestava qualquer forma de controle da atividade administrativa do rei no período anterior à revolução francesa.

Tal controle, neste tempo histórico na França, foi exercido pelos chamados “Parlamentos Judiciais”. Conforme será visto mais adiante, tais Parlamentos constituíram-se, em uma conjuntura na qual buscava o soberano uma reforma de estrutura ainda durante o *Ancien Regime*, em trincheiras de oposição às medidas reestruturantes com as quais anseia o rei responder aos reclames populares; mais notadamente, opunha-se quando se objetivava mudanças que pudessem alterar a hierarquia social presente, ou a redução das desigualdades de participação na gerência do Estado francês, sendo isto, como será visto, então identificado como uma tendência conservadora da potência Judiciária.

Além da própria questão da nobreza como detentora do então exercício da judicatura, interessante trazer a configuração histórica de descontentamento nas questões cotidianas relativas a tais instituições.

Segundo Antônio Manuel Hespanha, nos séculos próximos à derrocada do Antigo Regime a vida forense conhecia uma grande “desorganização e insegurança”, de modo que estava presente, maculando a imagem dos órgãos judiciários, uma rejeição à prestação jurisdicional causada, nas palavras do mestre português:

Primeiro, pelo excesso de dissensões doutrinárias favorecidas pelo proliferar de opiniões; depois, pela complexidade e morosidade dos trâmites processuais. Por fim, pela complicada organização dos tribunais – inerente à pluralidade jurisdicional do Antigo Regime –, que dava origem a intermináveis conflitos de competência (HESPANHA, 2005, p. 332-3).

Deste modo, a própria representação popular do Poder Judiciário – ainda que sejam desconsideradas questões que envolvam posicionamentos políticos opostos ao regime nobiliárquico – não parece inspirar maior confiança dos “súditos”, restando clássico ainda, pelas mesmas razões expostas, o teorema de que a subsequente revolução trazida a cabo na França consistia, de fato, em uma “revolução contra os juízes”¹. Este descontentamento pode, talvez como acessório, auxiliar na compreensão do contexto histórico em que se operou a teoria de limitação do poder dos juízes que aqui se busca estudar.

Ainda que sejam trazidos mecanismos de controle do soberano e de seus atos públicos em momentos anteriores à Revolução Francesa e ao próprio iluminismo, como movimento filosófico, não se pode deixar de identificar nestes o motor ideológico e a atitude de concretização de um controle da Administração Pública. Destarte, podemos trazer como resultante da revolução citada e de seu ideário a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, citando assim, para situar o tema, seu artigo 15, no qual se lê: “A sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua administração”.

Destaque-se, no entanto, que “pedir conta” não está ligado, por questões que haveremos de tentar elucidar, ao recorrer a uma potência independente, como poderia – e mais tarde de fato se configurou – se apresentar o controle jurisdicional da administração. Ou, talvez, o direito de controle a que se refere a Declaração, embora não o diga seu texto e não parece ser seu objetivo, deverá, em fato, ser assegurado com uma limitação quanto à natureza do ato impugnado.

De fato, no sentido contrário de um Controle Jurisdicional, ao movimento revolucionário apresentou-se como necessidade a restrição aos poderes dos juízes por ocasião do seguinte fato histórico, conforme traz Paulo Magalhães da Costa Coelho:

Ocorre que na última fase do Ancien Regime, os parlamentos, que exerciam funções típicas de tribunais, transformaram-se no último reduto dos nobres, os quais fizeram dessa instituição uma

¹ Segundo Georges Vedel, “a resistência dos órgãos judiciários ao poder real e às reformas que ele tentou promover foi uma das principais causas da imobilidade que acaba por provocar a revolução” (VEDEL, 1973, p. 73). Livre tradução de “*la résistance des corps judiciaires au pouvoir royal et aux réformes qu’il entendait promouvoir fut une des principales causes de l’immobilisme qui finit par provoquer la Révolution*”.

fortaleza de oposição às grandes reformas de estrutura que tenta empreender o rei, notadamente quando se objetivam transformações da estrutura social.

Os revolucionários que vivenciaram essa experiência têm noção do risco que essa questão representava para os ideários da Revolução e, agora, como detentores do poder político relutam em aceitar que os juízes, identificados historicamente com as classes conservadoras, venham a se opor ou controlar suas próprias decisões (COELHO, 2002, p. 41).

Sobre esta frente nobiliárquica, os Parlamentos (na prática, as jurisdições superiores nas repartições territoriais), Georges Vedel traz que a atuação no sentido contrário às tentativas de reformas propostas por Louis XVI se dava através do procedimento de registro dos éditos e ordenanças reais. Segundo este autor, esta formalidade consistia na transcrição deste tipo de atos nos registros de cada parlamento, em um tempo em que não havia imprensa oficial, esta era a publicação oficial das novas leis.

Diante de normas que contrariassem o interesse destes estamentos, os Parlamentos passam a se arrogar o direito de questioná-las através do não registro, em uma atitude que retirava a efetividade destes novos regulamentos (VEDEL, 1973, p. 75).

Diversas medidas, assim, foram adotadas em subseqüência à Declaração, no tocante a reorganização do Poder Judiciário, com objetivo de restrição do poder dos juízes, tais quais:

Introdução do júri nos julgamentos penais, (medida de reação contra a “artificial reason” dos juristas); obrigatoriedade de motivar a sentença (lei de 16/24 de Agosto de 1790); criação do Tribunal de Cassação, para verificar a “legalidade” das decisões judiciais (lei de 27 de novembro/1 de dezembro de 1790); instituição do sistema do *référé* legislativo, pelo qual os tribunais eram obrigados a enviar à Assembleia legislativa as questões jurídicas de duvidosa interpretação (lei citada e Constituições de 1791 e do ano II) (HESPANHA, 200, p. 334).

Importante destacar, ainda, o fato de a lei trazida por Hespanha como determinante da obrigação de motivar a sentença, asseverar também, em seu artigo 13, e eis um ponto chave para esta dissertação, que “as funções judiciárias são distintas e ficarão separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar por qualquer forma, as operações dos corpos administrativos” (COELHO, 2002, p. 41-42).

Outro ponto trazido pelo professor português que se deve sublinhar é o chamado *référé législatif*, sistema iniciado pela citada Constituição de 1791², através do qual os revolucionários retiraram dos juízes o poder de interpretar as leis,

Subtraíram dos juízes o poder de interpretar as leis, atribuindo-se ao Parlamento mediante *référé législatif*. Dessa forma, ficaram os juízes e tribunais judiciais impedidos de aplicar, no caso concreto, entendimento diferente do que expressavam as leis tal como as entendia o Poder Legislativo. Era a consagração do juiz “mecânico” preconizado por Montesquieu; um juiz cuja única função se resumiria na aplicação direta e sem matizações do texto preciso e concreto da lei (CERQUEIRA, 1995, p. 83).

Este sistema, de “referimento legislativo”, consistia na obrigação dos juízes de solicitarem ao *Corps Legislatif* a interpretação “correta” em caso de dúvida na aplicação das leis. Segundo a doutrina de 1815, de Philippe-Antoine Merlin, o que ele nomeia “*référé au legislator*”, consiste em

um julgamento no qual antes de se pronunciar sobre uma questão que lhe parece insolúvel, devido à ambiguidade ou insuficiência da lei de que deriva, o juiz ordena que seja referido à

² Embora, de fato, nominado desta forma e com tal aplicação somente se possa referir à organização judiciária subsequente à revolução francesa, pode-se encontrar manifestações no sentido de referência da interpretação ao poder que emana as leis em algumas passagens mais antigas: no direito Justiniano, no direito Canônico e na própria Ordenação Civil francesa de 1667 (FRATE, 2008, p. 3).

autoridade investida do poder legislativo³
(MERLIN, 1815, p. 104).

Isso consistia, segundo Paolo Alvazzi del Frate, em uma conceituação legal dúplice. Com viés facultativo, se diante de um caso se encontrava o juiz em dúvida diante da solução devida; compulsório, se a interpretação alcançada pelo Tribunal de Cassação francês divergia daquela adotada pelo órgão originário (2008, p. 1).

Com um crescimento considerável do campo administrativo, e uma política deliberada de invasão da autoridade judiciária, François Burdeau classifica o *référé législatif* como um dos principais exemplos do desenvolvimento dos conflitos entre a Administração e os tribunais. Segundo o qual “ao tempo da convenção nacional, a assembleia toda poderosa dispõe de diversas maneiras para impor aos tribunais um estrito respeito das suas atividades constitucionais”⁴ (BURDEAU, 1995, p. 63).

É dentro deste conflito, Administração-Judiciário, com a configuração histórica que já foi apresentada, que o autor francês situa o instituto, concluindo: “o procedimento do *référé* lhe [à assembleia] permite definir as competências respectivas da Administração e da Justiça, apresentando a interpretação oficial da Lei”⁵ (Idem).

Definia-se em dois aspectos o referimento: proibição de interpretação; e obrigação de consulta para definição de sentido ou omissão legal. No primeiro caso, há uma dúvida interpretativa, no segundo, o resguardo do papel Legislativo.

Baseado em uma estrutura rígida de separação de Poderes e, mais claramente, de distinção entre interpretação e aplicação da lei – uma distinção superada hoje em dia –, o *référé législatif* punha, em seu fundamento teórico, a interpretação como elemento constituinte da criação legal.

³ Livre tradução de “*un jugement par lequel, avant de prononcer sur une question qui leur paraissait insoluble, d’après l’ambiguïté ou l’insuffisance de la loi dont elle dérivait, les juges ordonnaient qu’il en serait référé à l’autorité investie du pouvoir législatif*”.

⁴ Livre tradução de “*au temps de la Convention nationale, l’Assemblée toute-puissante dispose de divers moyens pour imposer aux tribunaux un strict respect de leurs activités constitutionnelles*”.

⁵ Livre tradução de: “*la procédure du référé lui permet de définir les compétences respectives de l’administration et de la justice, en présentant l’interprétation officielle de la loi*”

Enquanto extensão e a busca de fontes legais eram consideradas, no *ius commune* do antigo regime, partes da *interpretatio* do magistrado, aqui, como forma de defesa do Poder central – e da manutenção de um centro de poder – retirava-se esta possibilidade das mãos do judiciário (FRATE, 2008, p. 2).

Ainda que aplicado no período pós-revolucionário, nota-se a existência de reclames – *doléances* – que envolviam as diversas classes – Estados – do período de estamentos, no sentido da redução da interpretação dos juízes. O autor italiano irá buscar diversos *cahiers de doléances*⁶, em que identifica o sentido geral de descontentamento com a liberdade adotada pelos magistrados. Está-se diante de uma evidência do descrédito em que se encontravam os juízes neste período anterior à revolução, como já apresentado na citação de Hespanha, que, ao lado da necessidade de imposição do poder central, parece dar sustento ao instituto.

Pode-se concordar, ainda, em conformidade com Paolo Alvazzi del Frate, que o pensamento jurídico do iluminismo⁷, de uma maneira generalizada, foi caracterizado por “uma campanha para demonstrar a negatividade do exagerado papel legislativo dos tribunais, com o objetivo de reservar todo o poder legislativo ao legislador”⁸ (2008, p. 5). Prossegue o autor, em comunicação apresentada:

Consequentemente, eles haviam absoluta confiança no legislador e uma profunda desconfiança nos juízes. A interpretação judicial era criticada pela doutrina do iluminismo por sua falta de certeza legal. A solução proposta foi obrigar os juízes a limitar suas funções a uma aplicação silogística da lei. Desta forma, a única interpretação autêntica – qual seja, a interpretação

⁶ Cadernos de reclamações, em tradução livre, consistiam em uma manifestação de queixas ou sugestões direcionadas ao soberano, em determinados momentos em que eram solicitados. Eram divididos por estamentos e regiões. Nesta pesquisa de Frate, vários deles, exatamente em 1789, reivindicam a adoção de medidas capazes de conter a diversidade de soluções a casos idênticos adotadas pelos juízes.

⁷ O autor italiano cita, como pensadores jurídicos do iluminismo que corroboram sua tese: Montesquieu, no Espírito das Leis; Voltaire, em seu Dicionário Filosófico; Pietro Verri, em texto no periódico *Il Caffé*; e Cesare Beccaria, em Dos Delitos e das Penas.

⁸ Livre tradução de “a campaign to demonstrate the negativity of the exaggerated legislative role of the Courts with the goal of reserving all the legislative power for the legislator”.

do legislador – era considerada admissível⁹ (Idem).

De tal forma, se encontra no ideário iluminista uma visão negativa da liberdade interpretativa do juiz, e não se estaria somente diante de uma exigência conjuntural. A visão, assim, trazida por alguns autores, de que as medidas de contenção desta liberdade teriam somente um caráter de vingança ou seriam exigências do momento histórico, não estão completas. Pois que são coerentes com a produção literária que dá esteio teórico ao movimento revolucionário.

Após apresentadas algumas medidas de organização judiciária no primeiro período pós-revolução, convém que se passe, neste momento, à fase napoleônica e sua produção jurídica, principalmente à criação do Conselho de Estado francês.

1.2 O CONSELHO DE ESTADO, A RESTAURAÇÃO E O SURGIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO FRANCÊS¹⁰.

Após a Revolução Francesa, em seu sistema fundado, segundo Paul Duez, na separação de poderes de Montesquieu, o juiz “deve estar independente ao Legislativo e ao Governo porque constitui um ‘Poder’ distinto”. Porém ele não poderá se “imiscuir nem no Legislativo, nem no Executivo, de onde se deduz a impossibilidade pelo juiz de controlar a constitucionalidade as leis ou de conhecer os litígios administrativos” (1935, p. 7)¹¹.

Ainda, segundo o autor de um dos mais citados livros sobre o ato de governo:

⁹ Livre tradução de “Consequently, they had absolute confidence in the legislator and a deep mistrust for judges. The judicial interpretation was criticized by the Enlightenment doctrine because of the lack of legal certainty. Their proposed solution was to enforce the judges to limit their functions to a syllogistic application of the law. In this way only the authentic interpretation – i.e. the interpretation of the legislator – was considered admissible”.

¹⁰ A referência é ao surgimento do Direito Administrativo enquanto matéria distinta do ramo do Direito Público, organizada segundo regras e princípios próprios e, principalmente, como cadeia na faculdade de direito francesa.

¹¹ Livre tradução de “Le juge doit être indépendant du législateur et du gouvernement parce qu’il constitue un ‘pouvoir’ distinct”. E de “Il ne doit s’immiscer ni dans Le législatif, ni dans l’exécutif. Et on en déduit notamment l’impossibilité pour Le juge de contrôler la constitutionnalité de la loi et de connaître des litiges administratifs”.

A garantia dos cidadãos, especialmente naquilo que concerne a proteção de seus direitos públicos individuais, reside nas formas políticas e administrativas: direito de petição às Câmaras, controle parlamentar sobre a ação governamental, recurso gracioso, recurso hierárquico, a auto tutela administrativa (DUEZ, 1935, p. 7)¹².

Foi no período napoleônico, então, que para o controle próprio dos atos da administração criou-se um tribunal próprio, o chamado *Conseil d'Etat*. Tal Conselho de Estado fora traçado pelo art. 52 da Constituição de 1799, preceito que estabelecia estar este sob a direção do Cônsul e "responsável por redigir os projetos de lei e os regulamentos da administração pública e solucionar as dificuldades que advenham em matéria administrativa"¹³.

Destacando sua função administrativa, François Burdeau considera a competência do Conselho de Estado demais estendida. Segundo este professor francês

suas funções administrativas o colocam no topo de todo o sistema. Ele é com efeito responsável pela redação dos regulamentos da administração pública; aplicar a garantia dos funcionários; dispor da “alta polícia administrativa”, na medida em que ele propõe as sanções disciplinares aos funcionários culpados de abuso de autoridade; e sobretudo intervém no julgamento do contencioso administrativo (BURDEAU, 1995, 66-7)¹⁴.

¹² Livre tradução de “*La garantie des citoyens, spécialement en ce qui concerne la protection de leurs droits publics individuels, réside dans les moyens politiques et administratifs : droit de pétition aux Chambres, contrôle parlementaire sur l'action gouvernementale, recours gracieux, recours hiérarchique, jeu de la tutelle administrative*”.

¹³ Livre tradução de “*Conseil d'Etat est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique et résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative*”.

¹⁴ Livre tradução de: “*ses fonctions administratives le placent au sommet de tout le système. Il est en effet chargé de la rédaction des règlements d'administration publique; met en œuvre la garantie des fonctionnaires ; dispose de la « haute police administrative », dans la mesure où il propose les sanctions disciplinaires à l'encontre des fonctionnaires coupables de forfaiture ; en outre il intervient dans le jugement du contentieux administratif*”.

O Conselho de Estado, ainda que sob a direção do cônsul, conforme traz Roberto Ríos Elizondo – professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade Autônoma do México:

Significou um passo adiante e firme do sistema instaurado pelas duas primeiras constituições expedidas pelos governos revolucionários nos anos de 1791 e 1795 (ano IV), em virtude do qual o exame de legitimidade dos atos da administração pública passou a ser competência de esta mesma, substituindo, em consequência, ao Conselho executivo da Convenção e aos membros do Diretório no conhecimento e resolução das controvérsias nas quais a administração era parte interessada (1975, p. 389)

A criação de tal Conselho, ainda segundo o professor mexicano, foi inspirada no *Conseil du Roi*¹⁵ do Antigo Regime e, levanta esta hipótese o Autor, talvez tenha tido ainda como inspiração uma sequência de tentativas do rei Luis XVI de mediatização judicial de seus poderes, intento que – conforme o que já visto – foi sistematicamente detido pelos Parlamentos judiciais que constituíam o último reduto do estamento nobiliárquico (ELIZONDO, 1963, p. 389-90).

Sobre a origem mímica do Conselho do Rei, François Burdeau a confirma, segundo o qual:

O Conselho de Estado, instituído pela Constituição do ano VII, é em certos aspectos uma ressurreição do Conselho do rei desaparecido em 1791. No entanto, sua criação foi decidida sem referência a esta antiga instituição. Ela procede logicamente a ambição napoleônica de concentrar a autoridade e de lhe fazer o uso mais adequado. Por não ser nem um autocrata iluminado, nem um homem de

¹⁵ Segundo Philippe-Antoine Merlin, doutrinador do final do século XVIII e início do XIX, já citado, o Conselho do Rei “é uma assembleia de pessoas escolhidas pelo rei para conhecer de tudo que interesse à administração geral do reino, tanto pelo interior quanto exterior” (1915b, p. 688). Livre tradução de “*c’est une assemblée de personnes choisies par le roi pour connaître de tout ce qui intéresse l’administration générale du royaume, tant pour l’interieur que por l’exterior*”.

decisões precipitadas, Bonaparte sentiu a necessidade de haver a sua disposição um corpo de técnicos capazes de esclarecer e assegurar a efetividade de seu poder (BURDEAU, p. 66, 1995)¹⁶.

O Conselho de Estado condiz ainda com a estrutura napoleônica da organização do Estado, na medida em que foi “concebido para fazer face à conjuntura de crise política da facção dominante liderada por Robespierre” (ROCHA, 1995, p. 37-38). Sua estrutura hierárquica, em sistema de cúpula, sempre se referindo ao próprio imperador, permitia o efetivo controle de suas decisões.

E, embora reconheça seja uma primeira etapa de uma jurisdição administrativa imparcial e autônoma, François Burdeau traz a criação do Conselho de Estado baseada em um interesse deveras pragmático:

Ele não é, portanto, para ser colocado na conta da consideração do novo regime pelos direitos dos administrados. O Conselho é a consequência natural da concentração de toda a autoridade nas mãos de um só homem: a autocracia implica a formação de instituições consultivas, de sorte que não seja responsabilizada por ferir inutilmente os interesses ou por violar desajeitadamente os direitos¹⁷ (BURDEAU, 1995, p. 68).

Tal criação, em certa medida, representou um avanço, posto que se configurava em instrumento hábil para o questionamento de atos da Administração, todavia que mais identificado com a perpetração do

¹⁶ Livre tradução de: “*Le Conseil d'Etat, institué par la Constitution de l'an VIII, est à certains égards une résurrection du Conseil du roi disparu en 1791. C'est pourtant sans référence à cette antique institution que fut décidée sa création. Elle procède tout logiquement de l'ambition napoléonienne de concentrer l'autorité et d'en faire l'usage le plus adéquat. Parce qu'il n'est ni un autocrate il n'a ni l'homme des décisions hâtives, Bonaparte a ressenti la nécessité d'avoir à sa disposition un corps de techniciens à même de l'éclairer et d'assurer l'effectivité de sa puissance*”.

¹⁷ Livre tradução de: “*Elle n'est pourtant pas à mettre au compte d'une sollicitude du nouveau régime pour les droits des administrés. Elle est la conséquence naturelle de la concentration de toute l'autorité entre les mains d'un seul homme : l'autocratie impliquait la formation d'institutions consultatives, en sorte que son action ne puisse entamer le crédit du pouvoir en blessant inutilement les intérêts et en violant maladroitement les droits*”.

poderio napoleônico. Ainda que não esteja nele identificado um efetivo controle do Poder Executivo, é-lhe reconhecida a semente do atual sistema do contencioso administrativo francês. Malgrado a ausência de toda garantia processual e a dependência dos membros do Conselho para o chefe do governo, Burdeau reconhecerá, junto a outros autores, aí uma primeira etapa na instituição de uma justiça administrativa imparcial e equilibrada (BURDEAU, 1995, p. 68).

No entanto, ainda se pode inserir a criação do Conselho de Estado francês dentro daquela dinâmica já trazida quando ao *référé législatif*: a exclusão da influência do judiciário sobre a revolução incipiente. A explicação histórica, dada por Jean Rivero, é exatamente neste sentido:

Os revolucionários, dominados pela lembrança do combate manejado contra a administração real pelos Parlamentos, entenderam subtrair a ação dos administradores ao controle do Poder Judiciário; de modo que eles retiraram ao juiz ordinário os litígios que interessassem à administração. Assim, os litígios foram confiados a uma jurisdição especial, intimamente ligada ao Poder Executivo, na ponta da qual se encontra, depois do ano VIII, o Conselho de Estado¹⁸ (RIVERO, 1980, p. 19).

Outro fato interessante, como se prossegue a comentar, é que o desenvolvimento do Conselho de Estado francês, além do ponto específico desta dissertação – o ato de governo – se coaduna com a evolução própria do Direito Administrativo como ramo específico do direito.

Se durante a revolução francesa, no período anterior ao primeiro império, a necessidade de elaboração de uma teoria que exclua certos atos do controle do judiciário é desnecessária, na medida em que este não há, no primeiro período do Conselho de Estado, o napoleônico, esta teoria não deixa de ser desnecessária.

¹⁸ Livre tradução de: “*les hommes de la Révolution, dominés par le souvenir du combat séculaire mené contre l’administration royale par les Parlements, ont entendu soustraire l’action des administrateurs au contrôle du pouvoir judiciaire ; ils ont donc retiré au juge ordinaire l’ensemble des litiges intéressant l’administration. Par la suite, ces litiges furent confiés à une juridiction spéciale, étroitement liée au pouvoir exécutif, à la tête de laquelle se trouve depuis l’an VIII le Conseil d’État*”.

O que acontece, neste primeiro momento da jurisdição contenciosa administrativa francesa, o fenômeno da justiça retida (*justice retenue*) mantém a desnecessidade de tal teoria. Ainda que a organização judiciária tenha sido largamente alterada, o governo não necessita se defender perante o Conselho de Estado, uma vez que as decisões do Conselho somente possuem executividade após a assinatura do chefe de Estado, que pode não lhes dar vigência (DUEZ, 1935, p. 30).

O passo seguinte, então, é que, após ter funcionado como esta assembleia consultiva ao imperador Napoleão, durante o período da restauração dos Bourbon a monarquia não tomou medidas no sentido de extingui-lo. Antes, porém, renovou-lhe os nomes, concedendo a este órgão maiores autonomias, na função jurisdicional, e mitigando seu papel na função administrativa.

Este, então, seria o solo propício para a fertilização do Direito Administrativo: um corpo de juristas versados em direito, a separação da função administrativa daquela contenciosa administrativa, e a relativa autonomia para que, em seus campos, estes juristas desenvolvam-se teoricamente.

E é efetivamente no primeiro ano da restauração, 1815, que, a “Comissão de Instrução Pública”, decide que uma cadeira de Direito Administrativo será ofertada nas faculdades de direito, no terceiro ano (BURDEAU, p. 107), sendo que o primeiro momento em que tal disciplina foi cursada deu-se em 1819.

A própria redução do papel político, de governo, do Conselho de Estado é uma manifestação que acaba por contribuir para o desenvolvimento da matéria, segundo François Burdeau, “a redução do conselho de Estado à função jurisdicional, se encontra na origem do desenvolvimento de uma reflexão jurídica em um setor então abandonado”¹⁹. Havia um ramo do direito a que era necessário dar cumprimento, desenvolver teorias, nortear a metodologia de aplicação.

E é aí que se encontra o berço do Direito Administrativo francês, exatamente quando seus operadores passam a ver esta matéria como um ramo do direito, como um conhecimento autônomo à ciência da Administração. Dentro deste contexto jurídico-político é que serão dados os primeiros passos da teoria do ato de governo.

¹⁹ Livre tradução de “*la réduction du Conseil d'etat à des fonctions prioritairement juridictionnelles, se trouve ainsi à l'origine direct de l'essor d'une réflexion juridique dans un secteur jusqu'alors délaissé, celui du droit administratif*”.

1.3 A GÊNESE HISTÓRICA DO ATO DE GOVERNO

Pode-se situar a gênese histórica do ato de governo, como uma teoria de aplicação no contencioso administrativo francês, no chamado *arret Laffitte*. Trata este caso da requisição do banqueiro Laffitte para que o Estado francês continuasse o pagamento de uma renda destinada à irmã de Napoleão Bonaparte, renda adquirida por sua casa bancária.

O fim do julgamento consolida a exclusão do conhecimento do Conselho de Estado: “a reclamação do senhor Laffitte pertence a uma *questão política* em que a decisão pertence exclusivamente governo”²⁰ (LONG; WEIL, 1958, p. 15). Estava-se, assim, diante da teorização do ato de governo. A alta política se torna capaz de excluir alguns assuntos do conhecimento jurisprudencial.

A explicação se dá no sentido de resistência de um espaço de conflitos: a partir de 1815, viu-se o Conselho de Estado ante uma investida de liberais e conservadores; enquanto os primeiros alcunhavam parciais e autoritárias suas atividades, os segundos o acusavam de haver-se prestado a todos os tipos de injustiças em prejuízo das classes nobres e eclesiásticas, pois havia apoiado todos os atos de confiscação de seus bens no tempo do império napoleônico.

A postura adotada, ante a perspectiva histórica apresentada ao Conselho, pelos magistrados, foi a de acomodação e autolimitação com fins de, segundo Paul Duez, parecer modesto pra subsistir e durar. Afirma o Autor francês:

O conselho de estado limita espontaneamente sua significação. De um lado, diminuindo consideravelmente, em benefício dos tribunais ordinários, as consequências do princípio da separação das autoridades administrativas e judiciais; de outro, fazendo aparecer a noção de ato de governo: restrição dupla a sua competência contenciosa, inspirado pelo único sentido político de se fazer modesto para se manter e durar (1935, p. 30-1)²¹.

²⁰ Livre tradução de “*la réclamation du sieur Laffitt tient à une question politique dont la décision appartient exclusivement au Gouvernement*”.

²¹ Livre tradução de “*le Conseil d'État va spontanément limiter son rôle, d'une part en diminuant considérablement au profit des tribunaux judiciaires la portée de la règle de la séparation des autorités administratives et judiciaires, de l'autre en faisant apparaître la notion d'acte de gouvernement: double restriction à sa*

Segundo a noção criada em tal, distinguir-se-ia o ato de governo do ato ordinário da administração, em tal momento histórico, através do móvel político. Assim, segundo Dufour, que foi, à época, um dos grandes construtores doutrinários da teoria dos atos de governo:

O que faz o ato de governo é o fim a que se propõe o editor da medida. O ato que tem por fim defender a sociedade, considerada em si mesma, ou personificada no Governo, contra inimigos internos ou externos, declarados ou ocultos, presentes ou futuros – eis o ato de governo (apud CRETELLA JÚNIOR, 1992, p. 164)

É de tal forma que, em tal sação histórica, floresce elaborada pela jurisprudência, uma teoria de atos administrativos insindicáveis, sendo que, para a configuração de um ato como o referido, bastava que estivesse apresentada, como razão determinante, a questão da razão de Estado. O Ato de Governo, destarte, vem à tona após um processo de autolimitação do Conselho de Estado francês, diante dos assuntos de “alta política”.

1.3.1 O móvel político

Como primeira teoria desta espécie de ato, têm-se, por uma formação jurisprudencial comentada no ponto anterior, a chamada teoria do “móvel político”²². Trata-se da possibilidade de a Administração, através de seus interesses, determinar que tal ou qual ato, após seu questionamento junto à jurisdição administrativa, passe à categoria de Ato de Governo. Esta teoria, a que Maurice Haouriou diz que se pode nomear política, faz com que um ato administrativo, qualquer que seja sua natureza, pode se tornar um ato de governo de acordo com as circunstâncias políticas do momento (HAURIOU, 1893, p.191).

Jean Rivero comenta que este tipo de abordagem não só era aplicada aos casos de recursos de anulação – dir-se-ia, aqueles em que

compétence contentieuse, inspiré par l'unique souci politique de se faire modeste pour se maintenir et durer”.

²² No Brasil, também passa a ser nomeada, no que alcança, parece, maior clareza de definição, de teoria teleológica. Trata exatamente da mesma hipótese, a definição de um ato como sendo insindicável a partir da finalidade que busca, segundo manifestação da autoridade que o emanou (CADEMARTORI, 2003, p. 52).

se busca um mandato que interrompa a atividade administrativa –, porém também aos casos de indenização, nos quais não haveria senão responsabilizações pecuniárias a partir de um ato irregular (RIVERO, 1980, p. 161).

Segundo José Cretella Júnior:

Denominada de teoria do móvel político, esta posição consagra de maneira particularmente perigosa a idéia de razão de Estado, possibilitando, quando aceita, a vitória do arbítrio governamental, sob a capa de interesse, bastando para isso entender indefinidamente o campo dos mencionados atos (1992, p. 164).

Trata-se de uma noção deveras perigosa. Sem qualquer questão de mérito valorativa, sem qualquer rigidez, um ato administrativo irregular pode, ainda que o seja feito posteriormente a seu questionamento judicial, tornar-se um ato de governo. Assim, os direitos fundamentais dos cidadãos colocam-se todos ao dispor daquele que transforma a classificação. É uma situação tal em que não se pode falar em responsabilização efetiva, “todos os direitos individuais estão a mercê do arbítrio governamental; pode-se falar do confisco de propriedades. A situação dos funcionários inamovíveis, dos oficiais na posse de seus graus, etc., estaria prejudicada” (HAURIU, 1893, p. 191)²³.

Uma apreensão, por exemplo, já no ano de 1867, de uma série de livros do Duque d’Aumale, trazida pela obra *Les Grands Arrêts de La Jurisprudence Administrative*, de M. Long e P. Weil, é dada como sintoma dos efeitos desta teoria. Diante da reclamação do proprietário sobre a restituição de sua biblioteca, o Conselho de Estado se recusa a conhecer, aduzindo que os atos de governo não são passíveis de recurso por abuso de poder naquele tribunal (1958, p.15).

Está-se, o afirma Paul Duez, no caso do móvel político, diante de uma teoria política, e não jurídica. O autor o afirma baseado em dois pontos: “a teoria é política naquilo que ela não é além de uma manifestação da prudência do Conselho de Estado, que (...) faz as concessões necessárias para não se render a um governo muito forte”;

²³ Livre tradução de : “Tous les droits individuels seraient à la merci de l’arbitraire gouvernemental; on pourrait aller jusqu’à des confiscations de propriété. La situation des fonctionnaires inamovibles, des officiers propriétaires de leur grade, etc., serait ébranlée”.

afirma, também, que é política “ainda naquilo que não demanda a qualificação do ato de governo uma análise jurídica, mas somente a este domínio de todo incerto e extrajurídico que é a razão de Estado”²⁴ (1935, p. 31).

Esta solução, segundo Jean Rivero, equivale ao reconhecimento pelos juízes da noção de razão do Estado (RIVERO, 1980, p. 161). Assim o define Georges Vedel:

A idéia segundo a qual a Administração deve responder diante de um juiz por todos os atos que ela executa não se impôs sem lentidão. Assim, no século XIX, a teoria dos “atos de governo” não era uma exceção. Ela consistia em recusar todos os recursos, tanto judiciários quanto administrativos, em anulação ou responsabilidade civil contra certos atos tocantes à “alta política”. Estes atos se caracterizavam pelo “móvel político” (1973, p. 306)²⁵.

Perdura, no entanto, até outro caso chave no desenvolvimento do conceito aqui tratado: o caso *Prince Napoléon*.

1.3.2 O caso príncipe Napoleão e o rompimento com o móvel político

Assim é que, em um momento de reconstrução republicana (a terceira república francesa), o caso *Prince Napoléon* redefine os limites do ato de governo. Trata-se de um caso bastante comentado na doutrina administrativa francesa: o príncipe Napoléon-Joseph Bonaparte, é nomeado general de divisão, em 1853, por seu primo Luis Napoleão (Napoleão III). No entanto, na lista elaborada pelas forças militares em

²⁴ Livre tradução de “*La theorie est politique en ce qu'elle n'est qu'une manifestation de la prudence du Conseil d'Etat qui (...) fait les concessions nécessaires pour ne pas se heurter à un gouvernement très fort*”. E também de “*encore en ce qu'elle ne demande pas le criterium de l'acte de gouvernement à l'analyse juridique, mais seulement à cette donnée tout contingent et extrajuridique qu'est la raison d'Etat*”.

²⁵ Tradução livre de: “*L'idée selon laquelle l'Administration doit répondre devant un juge de tous les actes qu'elle accomplit ne s'est pas imposée sans lenteur. Aussi, au XIX siècle, la théorie des “actes de gouvernement” n'est-elle pas anormale. Elle consiste à refuser tout recours tant judiciaire qu'administratif, tant en annulation qu'en responsabilité contre certains actes touchant à la “aute politique”. Ces actes se caractérisent par les “mobile politique”*”.

1873, que relaciona todos os cargos militares da França, seu nome não consta entre os generais.

Sentindo-se lesado, Napoleón-Joseph Bonaparte questiona o ministro da guerra sobre o motivo da omissão de seu nome, que o responde que sua nomeação foi baseada em condições particulares de um regime político abandonado, com o qual sua nomeação acaba nula. Esta decisão, então, é que é levada ao Conselho de Estado.

A sustentação do ministro da guerra consiste, então, na alegação de que a exclusão da lista dos generais possui um caráter político, o que, segundo defendido, escaparia ao controle jurisdicional do Conselho de Estado.

Dentro do julgamento, o *commissaire du gouvernement*²⁶ traz parecer importante para a redefinição do ato de governo, que se transcreve na medida em que se julga necessário:

É, de fato, em princípio, de acordo com a jurisprudência do Conselho, que, assim como atos legislativos, atos de governo não podem dar origem a quaisquer ações judiciais, mesmo que eles tratem sobre direitos individuais. Mas se os atos descritos na linguagem da lei, os atos de governo, são de natureza discricionária, a esfera desta caracterização não pode ser estendida arbitrariamente ao capricho dos governantes; ela é naturalmente limitada aos objetos aos quais a lei julgou necessário confiar ao Governo os poderes gerais com o qual ele virtualmente subordina o direito particular dos cidadãos ao interesse superior do Estado. Estes são os poderes discricionários que o governo tem na França, as leis constitucionais, quando existem, para a regulamentação e aplicação das convenções diplomáticas, as leis de polícia... Daqui resulta que, para apresentar o caráter excepcional que o colocou fora e acima de toda revisão judicial, não é suficiente que um ato, emitido pelo Governo ou qualquer de seus representantes, foi deliberado em

²⁶ Hoje nomeado “*rapporteur public*”, trata-se de uma espécie de ministério público na jurisdição administrativa francesa. Traz relatórios e emite pareceres sobre o assunto em tela.

um conselho de ministros ou que foi ditado por um interesse político (LONG, et al. 1958, p. 15)²⁷.

Trata-se de uma reconstrução da teoria do ato de governo. O parecer reconhece a existência do ato de governo, porém recusa a posição dominante, de que bastava uma posição oficial para sua configuração. Conclui pela natureza diferenciada destes atos.

O Conselho analisa o pedido do Príncipe Napoleão e nega provimento ao recurso, sob um fundamento diferenciado, sem qualquer relação com haver ou não uma questão política de fundo, adentrando o mérito, e justamente aí é que, implicitamente, acaba por revogar a antiga teoria. Nega a qualificação de ato de governo, na medida em que conhece da matéria, tenha-se em vista que a aplicação da antiga teoria não permitiria sequer a decisão de mérito.

O caso do Príncipe Napoleão, não definiu então exatamente de que forma passar-se-ia a aplicar a teoria do ato de governo, ou se o que acontecia era sua negação. No entanto, definiu sua nova base, estreitando claramente os bloqueios ao controle da Administração exercido pelo Conselho de Estado.

1.3.3 Menos poder ao poder: A classificação do ato de governo por sua natureza

Paul Duez traz a superação da teoria do móvel político devido a causas variadas “o desenvolvimento do espírito de legalidade, a diminuição da força do Executivo com a queda do regime imperial e a

²⁷ Livre tradução de: “*Il est, en effet, de principe, d'après la jurisprudence du Conseil, que, de même que les actes législatifs, les actes de gouvernement ne peuvent donner lieu à aucun recours contentieux, alors même qu'ils statuent sur des droits individuels. Mais si les actes qualifiés, dans la langue du droit, actes de gouvernement, sont discrétionnaires de leur nature, la sphère à laquelle appartient cette qualification ne saurait s'étendre arbitrairement au gré des gouvernants; elle est naturellement limitée aux objets pour lesquels la loi a jugé nécessaire de confier au Gouvernement les pouvoirs généraux auxquels elle a virtuellement subordonné le droit particulier des citoyens dans l'intérêt supérieur de l'Etat. Tels sont les pouvoirs discrétionnaires que le Gouvernement tient en France, soit des lois constitutionnelles, quand elles existent, pour le règlement et l'exécution des conventions diplomatiques, soit des lois de police... Il suit de là que, pour présenter le caractère exceptionnel qui le mette en dehors et au-dessus de tout contrôle juridictionnel, il ne suffit pas qu'un acte, émané du Gouvernement ou de l'un de ses représentants, ait été délibéré en conseil des ministres ou qu'il ait été dicté par un intérêt politique*”.

chegada da terceira república”²⁸. No entanto, o que parece ser o centro deste câmbio de mentalidade é o surgimento da justiça delegada em superação àquela retida, o que deixa evidente a não submissão do Conselho de Estado.

Como uma nova teoria do ato de governo, o Conselho de Estado francês desenvolve então a questão da natureza do ato, ou, da lista²⁹. Não é mais a fundamentação política que motivou um ou outro ato que o classifica como insindicável, porém sua própria natureza.

A seguinte teoria, então, fruto de um momento mais estável das instituições francesas, que se desenvolveu naquele Conselho de Estado, foi a teoria da natureza do ato, ou, da “lista”. Trata da classificação dos atos através de um elenco fechado: um ato relativo a guerras, por exemplo, é um ato de governo. Enquanto um ato de apreensão de livros jamais o será.

As razões para este desenvolvimento vão no sentido da limitação das imunidades da Administração, ao passo em que, fundamentalmente, buscam assegurar a ideia de não ingerência entre poderes. Nas palavras do *commissaire du gouvernement* Rivert:

Foi abandonado o momento em que uma jurisdição antes de tudo cuidadosa para não apresentar nenhum entrave à ação do Executivo, classificava pelos motivos que os inspiraram e recusam o controle do juiz aos caracterizados pela política, ou como se dizia, pela alta política, de atos administrativos em atos de governo. Porém, depois do segundo império, a linha de vossos julgados foi notavelmente modificada e o que

²⁸ Livre tradução de “*le développement de l'esprit de legalité, la diminution de la force gouvernementale avec la chute du regime imperial e l'avènement de la III République*”.

²⁹ Georges Burdeau trabalha com a noção de duas listas: na teoria antiga, estava-se diante de um rol amplo, capaz de incluir noções como “os feitos em que figurasse a família Bonaparte”. Enquanto nesta segunda, há uma releitura da lista com redução da aplicação. Aqui não se pode concordar com o Autor. Se a formação da lista dos atos de governo é uma questão de análise jurisprudencial, uma lista que seja demais abrangente não terá importância além daquela de catalogação das aplicações, dir-se-ia, que já se manifestaram. Assim é que se preferiu a ideia de sobreposição de classificações.

define aquela categoria é somente a natureza intrínseca do ato (apud DUEZ, 1935, p. 35)³⁰.

Embora em nenhuma regulação se possa encontrar a tal lista, a doutrina francesa é capaz de discernir na jurisprudência do Conselho do Estado estas referências, coincidindo a noção de que a compõem: os atos relativos às relação entre o governo e o parlamento; os assuntos internacionais; os feitos de guerra; e os decretos de graça aos condenados. Assim, conforme Georges Vedel:

Os atos de governo, imunes a todo recurso contencioso, tanto judiciário quanto administrativo, são aqueles figurantes em uma “lista”, que se pode encontrar na jurisprudência do Conselho de Estado do Tribunal de Conflitos (1974, p. 307)³¹.

Trata-se de um novo equilíbrio de forças, por certo, porém que não deixa de trazer como autorreferente a história do Conselho de Estado francês, os atos de governo mantém sua aplicabilidade, agora através de uma natureza objetiva. Segundo Hauriou, esta teoria, “mais *jurídica*, no sentido em que se esforça a proteger os direitos particulares, e de restringir o domínio da política, admite que haja certa lista de atos que por sua *natureza* serão sempre atos de governo”³² (1893, p. 191).

Ainda, conforme lecionou Paul Duez:

³⁰ Livre tradução de: “*C’était alors le moment ou une jurisprudence avant tout soucieuse de n’apporter nulle entrave à l’action de l’exécutif, classait les actes d’après les mobiles qui les avaient inspirés et refusait le controle du juge à tout acte que son caractere quelque peu politique, ou comme on disait alors, de haute Police, avait transforme d’acte administratif em acte de gouvernement. Mais, depuis la second Empire, la ligne de vos arrêts s’est nettement modifiée et vous attachant uniquement aujoud’hui, pour déterminer dans quelle catégorie le acte devra être range, à la nature intrinsèque*”

³¹ Livre tradução de: “*Les actes de gouvernement, soustraits à tout recours contentieux, tant judiciaire qu’administratif, sont ceux figurant sur une « liste » que l’on peut dresser en s’appuyant sur la jurisprudence du Conseil d’Etat du Tribunal des Conflits*”.

³² Grito no original. Livre tradução de: “*plus juridique en ce sens qu’elle s’efforce de protéger davantage les droits des particuliers, et de restreindre le domaine de la politique, admet qu’il y a une certaine liste d’actes que l’on peut dresser et qui par nature sont toujours des actes de gouvernement*”.

Os autores, tais como Laferrière, Aucoc, Batbie, Ducrocq, Teissier, vão buscar colocar o ato de governo em um domínio fixo, bastante separado daquele do ato administrativo submetido ao recurso contencioso. Com a teoria do móvel, um ato era suscetível de se ver qualificado sob ato de administração e ato de governo. Com a nova concepção, um ato será sempre ato de administração ou sempre ato de governo: um ou outro, jamais um e outro. As duas categorias serão bem diferidas. A segurança será maior para os administrados (1935, p. 32)³³.

Todos os atos que não estiverem nesta lista, por exclusão, em nenhuma hipótese serão classificados como atos de governo. Seria o caso de admitir a retomada da teoria anterior, com total prejuízo desta.

A fundamentação desta teoria se dá na noção de que há uma fronteira precisa entre a atividade administrativa e a atividade de governo, capaz de serem consideradas distintas, ainda que ambas pertençam ao Poder Executivo.

Hauriou ainda estabelece dois critérios para a aplicação desta classificação: os atos devem ser emanados pelo Estado, não podendo o ser em nome das demais subdivisões estatais, porque “pelo Estado é que a razão de Estado se impõe”³⁴; e, em um segundo critério, que só acolhe os atos emanados pelo Poder Executivo, não podendo que se fale em um ato emanado pelos outros poderes com esta classificação, pois que as atribuições de governo estão destinadas àquele poder.

1.4 IMPLICAÇÕES E PRESSUPOSTOS DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ATO DE GOVERNO FRANCÊS

Por fim, neste capítulo o que se abordará serão algumas considerações que se fazem necessárias para a aplicação de uma teoria

³³ Livre tradução de: “*Les auteurs, tels que Laferrière, Aucoc, Batbie, Ducrocq, Teissier vont chercher à cantonner l’acte de gouvernement dans un domaine fixe, bien séparé de celui de l’acte administratif soumis aux recours contentieux. Avec la théorie du mobile, un acte était susceptible, selon les circonstances, de se voir qualifier soit acte d’administration, soit acte de gouvernement. Avec la conception nouvelle, un acte sera toujours acte d’administration ou toujours acte de gouvernement : jamais l’un et l’autre. La sécurité sera plus grande pour les administrés*”.

³⁴ Livre tradução de “*pour l’État que la raison d’État se pose*”.

do ato de governo fundamentada conforme foi visto. O que se traz aqui são, basicamente, as palavras de Paul Duez em seu livro *Les Actes de Gouvernement*.

Tais ditames são, às quais se discorrerá uma a uma: a) o ato de governo implica a impossibilidade pelo juiz de assumir sua interpretação; b) a incompetência jurisdicional absoluta engendrada pelo ato de governo é uma incompetência original e aparte; c) o ato de governo, a despeito de suas possíveis relações, deve ser considerado distintamente do ato discricionário e com ele não se confunde; d) o ato de governo pressupõe um controle jurisdicional altamente desenvolvido.

1.4.1 O ato de governo implica a impossibilidade pelo juiz de assumir sua interpretação

A primeira implicação de se assumir a teoria do ato de governo aqui delineada é exatamente a sua principal: o reconhecimento de que se está questionando um ato de governo se assemelha à ocorrência de uma causa prejudicial. Não haverá a penetração na questão de mérito envolvida em certo ato, nem tampouco em se considerar que houve, ou não, a interpretação devida a determinado regulamento.

Os atos de governo, assim como os atos administrativos – segundo a noção de que são distintos –, se fundamentam em determinado comando, constitucional ou ordinário³⁵, ao que o governante consagra tal ou qual interpretação.

De igual forma, se um ato de governo não está claro quanto ao que busca realmente efetivar – qual a relação jurídica que altera, qual a regulamentação que efetua –, não poderá ser o Poder Judiciário a dar-lhe o sentido de aplicação:

Em caso de se confiar esta interpretação ao juiz, se acentua seu papel: permite-se a ele uma empresa mais ou menos característica do conteúdo do ato; a margem de liberdade que comporta toda interpretação alça o juiz ao posto de colaborador do autor do ato (DUEZ, 1935, p. 17).

³⁵ Reconheça-se que há definições de atos de governo que somente o admitem se houverem fundamento constitucional. No entanto, a interpretação de Paul Duez a estas teorias é pontual, ao considerar que é deveras falha. Todos os atos administrativos possuem fundamento constitucional e podem ser à constituição referidos.

De modo que, em realidade, não existe sequer o debate judicial de qualquer ato que seja considerado de governo. Havendo que se discutir se está adequado ao ditame, ou a devida interpretação a partir de um ato, o julgador, em caso de aplicação da teoria aqui discutida, deverá remeter seja a devida leitura dada pela autoridade que o emanou. Em processualística, pode se dizer, que tal julgado “será decidido pela aparição de uma questão prejudicial: o juiz no curso do processo de um ato de governo em que o sentido não esteja claro, não poderá interpretar este ato” (DUEZ, 1935, p. 17).

1.4.2 A incompetência jurisdicional absoluta engendrada pelo ato de governo é uma incompetência original e aparte

Outra implicação central da adoção da teoria dos atos de governo é a incompetência absoluta de conhecimento, por parte do juiz, sobre sua matéria. No entanto, esta não será uma incompetência ordinária: segundo Paul Duez, “o ato de governo supõe que nós nos encontramos diante de uma matéria pela qual *normalmente* o juiz deveria ser competente” (DUEZ, 1935, p. 20)³⁶.

Não se trata aqui de uma incompetência, então, que remete ao conhecimento de outra esfera jurídica, ou que, por exemplo, permite reconhecer juízos de nulidade absoluta.

O que acontece, segundo o autor francês, é que nenhuma outra regra de definição de competência ou princípio jurídico deste fim se aplica na hipótese de ato de governo. Um juiz competente para as matérias administrativas, natural, havendo dano alegado em uma tal atividade administrativa, ainda se declarará incompetente.

O que implica a alteração, também, da marcha processual:

a incompetência jurisdicional derivante do ato de governo supõe que todas as condições normais de recebimento da ação, da exceção, de pedido de interpretação estão reunidas que o juiz as considera em concurso com uma razão especial:

³⁶ Livre tradução de: “*l’acte de gouvernement suppose que nous nous trouvons dans une matière pour laquelle normalement le juge devrait être compétent*”. Grifo no original.

saber que ele esta mesmo em face de um ato de governo (DUEZ, 1935, p. 21)³⁷.

Assim, a aplicação desta teoria é feita sem a aplicação dos princípios normais que ditam a competência de um juiz, estar-se-ia diante de um “acidente na normalidade dos princípios governantes da competência jurisdicional” (DUEZ, 1935, p. 20).

1.4.3 O ato de governo, a despeito de suas possíveis relações, deve ser considerado distintamente do ato discricionário e com ele não se confunde.

Os atos de governo não se confundem, na interpretação permitida ao Poder Judiciário, com os atos administrativos ditos discricionários: a aplicação das duas frentes teóricas será substancialmente diversa.

Em relação ao ato discricionário, a continuidade de um julgamento relativo à sua validade dar-se-ia: neste ato, o juiz está em possibilidade de exercer o controle contencioso, mas o ato escapará, finalmente, a este controle porque o juiz, protegida a legalidade, chegará ao ponto em que, escrutinando o conteúdo do ato, que este se situa em uma zona em que a questão de legalidade não se impõe mais, onde o autor do ato há liberdade jurídica. Surge um problema de oportunidade que o juiz não possui competência para resolver (DUEZ, 1935, p. 22).

Enquanto, com a aplicação da teoria do ato de governo dá-se a manifestação jurisdicional de forma absolutamente diversa: o juiz se recusa a desenvolver a questão da legalidade *a priori*, não adentrando, pode-se dizer, o ato para delimitar a atuação judiciária, porém observando o seu todo em uma perspectiva externa. Com o ato discricionário o julgamento não é apriorístico, porém abordando a questão de fundo, delimitando-a.

Prosseguindo a distinção, pode-se dizer que uma demanda sobre um ato discricionário, ao invés de ser considerada pelo Poder Judiciário não recebível, como seria o caso do ato de governo, é considerada mal

³⁷ Livre tradução de “*L’incompétence juridictionnelle dérivant de l’acte de gouvernement suppose que toutes les conditions normales de recevabilité de l’action, de l’exception, de la demande en interprétation étaient réunies et que le juge ne refuse son concours qu’à raison d’une circonstance spéciale : à savoir qu’il est mis en face d’un acte de gouvernement*”.

fundamentada. Ficando sempre resguardado somente o ponto dos fundamentos, de ato, e de recurso.

Tal distinção não possui importância em um momento de criação meramente jurisprudencial do direito, segundo Paul Duez, como aquele dos primórdios do direito administrativo francês. Com o desenvolvimento de uma reflexão doutrinária, chegou-se à conclusão pacífica de que, enquanto a discricionariedade é um elemento constante, em maior ou menor escala de todo ato administrativo, a teoria dos atos de governo funciona de maneira fundamentalmente diversa:

Enquanto os atos de governo formam bloco e escapam, em todos seus elementos, ao exame do juiz que o ignora em sua totalidade, o ato administrativo será, ao contrário, dissociado em elementos discricionários que escapam ao controle jurisdicional e em elementos não discricionários submetidos ao seu controle (DUEZ, 1935, p. 22)³⁸.

Não se confundirá, então, um ato administrativo discricionário – ou, talvez, um to administrativo *em sua discricionariedade* –, com um ato de governo. Enquanto o primeiro é uma manifestação de todos os atos administrativos, em maior ou menor grau, e demanda para a definição de sua aplicação um exame pormenorizado, o segundo é fruto de uma condição *natural* de um grupo de atos emanados pela autoridade, e em seu controle não permite senão um exame *externo*, como já foi dito, aquele capaz de definir se está o juiz, ou não, diante de um ato de governo.

1.4.4 O ato de governo pressupõe um controle jurisdicional altamente desenvolvido

Um pressuposto verdadeiramente importante que se quer aqui abordar diz respeito a questão do estado em que se deve encontrar o controle jurisdicional exercido pelos tribunais que justifique a aplicação da teoria do ato de governo.

³⁸ Livre tradução de “*Alors que l’acte de gouvernement forme bloc et échappe, dans tous ses éléments, à l’examen du juge qui l’ignore dans sa totalité, l’acte administratif sera, au contraire, dissocié en éléments discrétionnaires échappant au contrôle juridictionnel et en éléments non discricionnaires soumis à ce contrôle*”.

O delineamento que aqui se fez do desenvolvimento da teoria do ato de governo na França, desde aquilo que se chama gênese histórica, às idas e vindas em restaurações e impérios, seguidores que foram da ausência de controle jurisdicional sobre a Administração, não podem levar a consequência diversa.

É somente quando a atividade judicial passa a exercer um controle totalizante sobre a atividade governamental que se passa a demandar – até por corolário lógico, quem se defende do que não ameaça? – uma teoria que implica a exclusão de determinadas matérias deste mesmo controle.

A conclusão que traz Paul Duez é, assim, síntese desta linha de pensamento, porque verifica a questão da *necessidade*, ou não, do governo de um Estado de se resguardar diante dos tribunais:

Dizer que um país não consagra a concepção do ato de governo, não é necessariamente deduzir que seu controle jurisdicional está mais avançado que nos regimes que guardam um lugar ao ato de governo. Bem ao contrário. A existência do ato de governo é um indício de que o controle dos juízes está largamente desenvolvido sobre os atos do Executivo e de seus agentes. Onde este controle é embrionário, a noção de ato de governo não aparece porque ela é praticamente inútil (1935, p. 25).

O que fica bastante evidente, então, é, novamente, a questão do motivos por trás do desenvolvimento de uma teoria dos atos de governo. Em caso de se estar diante de um controle frágil e limitado, exercido somente diante de autoridades de importância secundária, esta teoria não possui utilidade. O ato de governo supõe que, em uma atuação ilimitada quanto às autoridades, toda a atividade governamental está submetida ao controle jurisdicional. É em tal situação que “então, por razões tiradas da ordem política, se retira da competência do juiz certas matérias especiais que alimentarão a categoria dos atos de governo”³⁹(DUEZ, 1935, p. 26).

Nos termos que aqui se expôs delineia-se a teoria clássica do ato de governo francês, de importância extrema para o desenvolvimento

³⁹ Livre tradução de “*alors, pour des raisons tirées de l'ordre politique, on soustrait à la compétence du juge certaines matières spéciales qui alimenteront la catégorie des actes de gouvernement*”.

de toda a teorização do direito administrativo baseado na emanção de atos por parte dos poderes constitucionais. É dizer: ecos desta teoria serão sempre ouvidos nos aspectos que se destacaram na história jurídico-política brasileira.

2 AS CONCEPÇÕES SOBRE ATO DE GOVERNO NA HISTÓRIA BRASILEIRA: ASPECTOS DESTACADOS

Não parece ser inapropriada a afirmação: o Ato de Governo nada mais é, e tem sido, do que a história da relação entre os Poderes Executivo e Judiciário.

Dessa forma, é por aí que segue este capítulo: como se pode analisar a relação entre os supracitados Poderes, dentro de alguns momentos-chaves desta mesma relação? Como ela se relaciona com a conjuntura apresentada naquele primeiro capítulo, a base de uma teoria pronta sobre o Ato de Governo?

Um Poder Judiciário em que seus membros não possuam garantias de que não serão removidos ou aposentados compulsoriamente, ao arbítrio dos chefes do Executivo, por certo não poderá erguer-se, satisfatoriamente, contra este mesmo Poder. A teorização específica do Ato de Governo é sequer requerida.

De outra parte, a simples previsão de que os tribunais não conhecerão das causas políticas, sem que seja estabelecida anteriormente quais venham a sê-las, faz desembocar a prática em um “móvel político” dos períodos incipientes da teoria abarcada.

A previsão e determinada delimitação de quais atos venham a escapar da apreciação do Poder Judiciário preenche uma parte do requisito estabelecido na teoria da natureza do ato. Porém, poderá a prisão ser, por sua natureza, considerada um Ato de Governo?

2.1. A QUESTÃO NO IMPÉRIO: O CONSELHO DE ESTADO

A colocação da questão geral aqui trabalhada, dentro do contexto jurídico-político do império brasileiro, passa pela identificação da total assimetria entre os Poderes Executivo e Moderador e o, então chamado, Poder Judicial.

Muito embora houvesse na Constituição de 1824 a classificação deste Poder como independente, os instrumentos para a garantia do real exercício da independência eram inexistentes.

Vivia-se em um período – notadamente após o término da chamada regência – em que o contencioso administrativo era a regra para os assuntos em que o interesse do império estivesse afetado. Tal contencioso possuía na Seção dos Negócios da Justiça, do Conselho do Estado, a sua palavra final.

Os reconhecimentos dos julgamentos relativos a matérias criminais ou cíveis, ainda, não impedia a responsabilização individual do magistrado.

Trata-se, neste ponto, de apresentar o estado da relação existente entre aqueles Poderes supracitados, com as devidas implicações capazes de identificar espaços de decisão governamental em que não haveria sindicabilidade judicial de seus atos.

Assim, convém seja detalhado o percurso de um órgão de consulta do Imperador, que em suas atas transparece a prática de ingerência no que hoje se considerariam as atividades do Poder Judiciário. Trata-se, como já se disse, do Conselho de Estado.

Ainda que tenha havido um conselho consultivo no período de Dom João VI no Brasil, esse se deu sem reuniões periódicas ou instrumento legal definitivo de sua organização. Considera-se, destarte, historicamente (RODRIGUES, 1978), como primeiro Conselho de Estado brasileiro aquele então chamado “Conselho dos Procuradores Gerais das Províncias do Brasil”, criado no Decreto de 16 de fevereiro de 1822 pelo regente Dom Pedro I.

Este primeiro Conselho, nomeado inclusive em documentos oficiais como “Conselho de Estado” (RODRIGUES, *op. cit.*) teve a responsabilidade de elaborar as bases para a independência do Brasil, cominada com aquela de garantir a organização do Estado posterior à proclamação.

Foi extinto em 20 de outubro de 1823, dentro das movimentações da criação do corpo constituinte.

O segundo Conselho de Estado brasileiro fora criado justamente com a dissolução da Assembleia Constituinte, em um acesso centralizador do então soberano, e tinha aí seu objetivo principal.

Criado pelo Imperador, em decreto de 13 de novembro de 1823, foi mantido pela Constituição Federal que o seguiu, até o momento da abdicação em favor de Pedro II. Estando suas atas compiladas, “não teve atuação decisiva, pois foi dominado pelo aulicismo e provocou a hostilidade dos liberais, que promoveram a abdicação de Pedro I” (Idem). O que se lê é que, sem capacidade decisiva de contribuição, prestou-se o Conselho ao papel de legitimador de um monarca totalizante⁴⁰.

⁴⁰ Exemplo revelador trazido é o das penas no caso da Confederação do Equador (como a de Frei Caneca): “Na crise de 1824, quando o Nordeste se insurgiu contra o absolutismo de D. Pedro I, o Conselho foi ouvido na questão da repressão ao movimento e da punição dos prisioneiros, e apesar de recomendar clemência, que o

A extinção deste segundo Conselho, no entanto, somente se daria em 1834. É que no período da regência, diversos projetos e substitutivos, desde o próprio ano de 1831, passaram a ser confeccionados na Câmara dos Deputados, representantes eleitos, com vistas à reforma da Constituição outorgada em 1824. Tais propostas esbarravam em um Senado de maioria conservadora, criando um impasse (FERREIRA, 2003, p. 52-3).

Aquela postura áulica, aliás, consolidada em um Conselho de Estado como uma face do monarca absolutista, é costume seja apontada como o motivo pelo qual a maioria liberal, responsável por provocar a abdicação de Pedro I em 1831, requeria a própria extinção do Conselho.

A solução deu-se, lei de 12 de outubro de 1834, no chamado Ato Adicional. Instrumento que: “Não consagrou o princípio federativo. Não extinguiu o Poder Moderador. Suprimiu o Conselho de Estado. Mas deu maior e mais forte armadura às províncias” (FERREIRA, *op. cit.*, p. 53). Reconhecendo a instituição de diversas delegações de competência legislativa às províncias, o que é para este trabalho importante é a extinção do Conselho de Estado.

Passou-se, assim, de fato, todo o período da chamada regência sem a presença de um Conselho de Estado.

Este só viria a ser reinserido no contexto político brasileiro no início do segundo império, criado pela Lei ordinária nº 234, de 23 de novembro de 1841. E, não teria sido, traz José Honório Rodrigues “como o primeiro, um fruto da inspiração de um gênio político como José Bonifácio, nem a obra reacionária do absolutismo de D. Pedro I, mas o resultado de uma ação moderadora dos conservadores esclarecidos” (*op. cit.*).

É sobre este Conselho de Estado, o terceiro, que atuou até o fim do império em 1889, que é elaborada a grande maioria dos trabalhos sobre o tema. E tal não é sem razão: além da riqueza documental disponível, em atas, nos arquivos nacionais, e das compilações efetuadas e publicadas, o que torna os trabalhos factíveis, é ali que, diz José Reinaldo de Lima Lopes, “estava a produção jurídica brasileira do século XIX” (2007, p.4).

Deste Conselho, então, que se ocupa a análise trazida aqui, sobre a atuação dos poderes Executivo e Moderador em sua relação com a atuação do, então chamado, Poder Judicial.

próprio comandante Francisco de Lima e Silva pedira para certos presos, D. Pedro I foi impiedoso, respondendo Não. Sejam executados” (RODRIGUES, *op. cit.*).

2.1.1 Avanço sobre as garantias dos juízes

O primeiro a tratar é a ausência de garantias reconhecidas aos juízes do Império. Ainda que a Constituição de 1824 trouxesse-as, notadamente a vitaliciedade – garantida no art. 151, através da declaração de que “os juízes serão perpétuos” – a prática que se pôde observar foi a de aposentadorias compulsórias motivadas pela discordância de decisões obtidas em processos importantes aos planos do governo.

Octaciano Nogueira (2001) destaca exatamente esta ausência de independência – garantida – aos magistrados:

O Título VI da Constituição, que tratava do Poder Judicial, como então era chamado, talvez seja o mais deficiente de todo o texto outorgado por Pedro I, se examinado à luz da moderna doutrina constitucional de separação dos poderes. Muito embora o art. 10 prescrevesse que “os poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial”, não se pode dizer que o Judiciário constituísse, na prática, um poder independente, na forma como hoje se concebe a harmonia e independência que preside os diferentes poderes do Estado democrático. (pp. 35-6)

A deficiência deste texto Constitucional é exemplificada pelas atas das reuniões do Conselho de Estado⁴¹. Com frequência, atua a Seção dos Negócios da Justiça como um órgão correcional⁴². Sem que se retire, dali, haver garantia do devido processo legal no exercício deste controle.

⁴¹ O Senado Federal possui, no sítio

http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/AT_AtadoConselhoDeEstado.asp, uma organização de todas as Atas disponíveis do Conselho de Estado do Império.

⁴² José Reinaldo de Lima Lopes (2007, p. 12), iluminando a atuação nestes moldes, traz que pela Seção de Justiça do Conselho de Estado “passavam todas as questões concernentes à organização da carreira (provimento, promoção, remoção, suspensão, afastamento, incompatibilidade, suspeição e responsabilidade de juízes). A máquina judiciária administrava-se ouvindo a Seção de Justiça nos casos difíceis ou duvidosos”.

É bem verdade, dir-se-á, que o fundamento desta atividade se encontra no próprio texto constitucional. O mesmo artigo em que se garante a vitaliciedade retira a garantia da inamovibilidade – declarando “o que, todavia, se não entende que não possam ser mudados de uns para outros lugares pelo tempo e maneira que a lei determinar”. Mais adiante, no art. 154, temos que “o Imperador poderá suspendê-los por queixas contra eles feitas, precedendo audiência dos mesmos juízes, informação necessária, e ouvido o Conselho de Estado”.

No entanto, a submissão do chamado Poder Judicial ao controle de um outro Poder – ou de *três* outros poderes, o Executivo, o Moderador e o próprio Conselho de Estado⁴³ –constituiu deveras um ponto chave para que se desenvolva o estudo da matéria desta dissertação. A conformidade constitucional desta submissão, antes que uma escusa, constitui um sintoma jurídico-político digno de nota.

Alguns casos desta atuação do Poder Moderador, em consulta ao Conselho de Estado, no sentido de determinar punições para a não conformidade de uma decisão judicial à vontade do Imperador, tornaram-se icônicos. Ainda que em sua maioria, não tinha a atuação do Imperador este imiscuir-se no mérito das decisões⁴⁴. Segundo Otaciano Nogueira, (*op. cit.*):

⁴³ A referência aqui é ao texto de José Honório Rodrigues “Conselho de Estado: Um quinto poder?”.

⁴⁴ Algo facilmente notável na consulta das atas do Conselho de Estado é a presença de manifestações relativas a aposentadorias, suspensões ou mesmo demissões, em assuntos relativos à personalidade dos juízes provinciais. Tome-se como exemplo a manifestação da Seção de Justiça, sobre o requerimento do presidente da província do Rio Grande do Sul para que fosse removido o juiz de direito em Piratini. Tal requerimento fora feito com nos seguintes termos: “Os fatos em que se funda o Presidente da província para provar a necessidade da remoção deste magistrado, fatos constantes dos papéis que acompanharam o ditado Aviso de 12 de fevereiro são os seguintes: 1º Por achar-se esse Juiz desmoralizado e indisposto com quase todos os seus jurisdicionados, a ponto de ter-lhe sido intimada uma ordem de prisão pelo conselho de guerra, cujos trabalhos perturbou, e cuja não se efetuou por se haver ele retirado precipitadamente. 2º Por achar-se em luta com as autoridades da comarca, instaurado processos acintosos e injustos, como aconteceu com o Juiz Municipal Bacharel João de Carvalho Moura, a quem pronunciou no artigo 196 do Reg. nº 120, obrigando-o a prisão e livramento, e declarando depois a presidência, quando o advertiu por causa da irregularidade do seu procedimento, que se havia enganado na apreciação dos fatos, pelo que reformou a sua decisão. 3.º Por achar-se desprestigiado ao ponto de ter sido condenado pelo Juiz Municipal por crime de injúrias verbais, em virtude de queixa oferecida pelo ex-promotor Bacharel Manoel Gonçalves da Silva Rossi, retirando-se apressadamente para esta Corte sem licença e obtendo ordem de habeas-corpus do Supremo Tribunal de Justiça, e tão

O mais notório dos casos de violação do preceito da vitaliciedade ocorreu durante o Ministério da Conciliação, presidido pelo Marquês de Paraná, entre 1853 e 1856, quando era Ministro da Justiça Nabuco de Araújo. O fato ficou conhecido na biografia de Joaquim Nabuco sobre seu pai, o Conselheiro Nabuco de Araújo, como o “desembarque de Serinhaem”, e consistiu na aposentadoria de dois e na transferência de um terceiro juiz da Relação de Pernambuco, por terem, em julgamento da violação da lei que puniu e suspendeu o tráfico, em 1850, absolvido réus importantes da Província que o Governo entendia culpados por conivência e omissão num desembarque clandestino de africanos ocorrido em Serinhaem (p. 36).

Atuava o Imperador, assim, o controle geral e específico, das atividades do Poder Judicial, além da constitucionalmente garantida atividade disciplinar sobre os membros daquele poder. O que revela, segundo o autor supracitado, que “o Executivo não só se arrogava o direito de discutir a justiça das decisões do Judiciário, como também estava disposto a punir todos aqueles que, no seu exclusivo juízo, agissem em desacordo com suas crenças”. (*op. cit.* 36-7).

2.1.2 Limitação da competência do Poder “Judicial” na guarda da Constituição: a constitucionalidade e a interpretação das leis

Outro ponto que historicamente denota o polo da relação entre os poderes de um Estado diz respeito ao controle de constitucionalidade de suas leis. A quem é dado fazê-lo.

No império brasileiro, tal controle encontra-se afastado do Poder Judicial, sendo dado ao “Supremo Tribunal de Justiça”, segundo o art. 164 da Constituição então em vigor, somente:

desprestigiado que a Comissão de Justiça da Assembléia Legislativa Provincial apresentou um parecer, que não foi nesta seção discutido por deferência à Administração da Província, no qual apreciando todas as arbitrariedades e tropelias desse juiz, concluiu pela demissão de semelhante magistrado. 4º Por ter um caráter violento e sumamente precipitado, e um gênio atrabilário e perseguidor” (RODRIGUES, 1978, v.7, p. 405).

I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar. II. Conhecer dos delictos, e erros do Offício, que cometerem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomático, e os Presidentes das Províncias. III. Conhecer, e decidir sobre os conflitos de jurisdição, e competência das Relações Provinciais.

Consultando-se as atas do Conselho de Estado, revela-se que estava realmente o Imperador, mediante consulta à Seção de Justiça, incumbido desta adequação.

A natureza das potenciais inconstitucionalidades dizia respeito, comumente, a haverem ou não as províncias determinada competência legislativa. É que o Ato Adicional havia expandido a competência das assembleias provinciais, mesmo assim “havia a obrigação imposta ao Presidente da Província de enviar anualmente todos os atos legislativos provinciais para serem examinados pelo governo” (LOPES, 2007, p. 9). Assim é que, por exemplo, em 27 de abril de 1843, discute o Conselho se excede os poderes das Assembleias Provinciais lei que manda conceder privilégio de exploração exclusiva àquele “indivíduo, companhia, ou corporação religiosa, que com mais favoráveis condições apresentar na Cidade do Desterro carros fúnebres de aluguel” (RODRIGUES, 1978, v.3, p. 21).

Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, o Conselho de Estado

anualmente examinava a legislação provincial do ano anterior para verificar a sua conformidade com a Constituição e com os termos do Ato Adicional. O principal objeto da consulta, nestes casos, era saber se a Província não havia excedido seus poderes legislativos. No caso da seção de justiça, a maioria numérica dos atos legislativos provinciais sobre os quais se pronunciava dizia respeito aos cargos de justiça (à criação ou subdivisão de comarcas, termos, distritos, ofícios de justiça etc.) (2007, p. 20-21).

O autor prossegue destacando que nessa atuação, conclui-se, “suas funções eram semelhantes a de alguns organismos de controle de constitucionalidade” (Idem). E, em caso de inadequação às leis gerais ou à Constituição “a seção recomendava ao Governo (isto é, ao ministro

respectivo) que encaminhasse a questão à Assembléia Geral que suspenderia a legislação local” (Idem).

Mas, ainda que especialmente se possa destacar a atuação do Conselho na análise das leis provinciais, ela não se restringia a estas. Dava-se, igualmente,

o exame prévio dos projetos de lei geral, no qual a constitucionalidade da medida era expressa ou implicitamente examinada. Pela seção de justiça passaram diversas reformas importantes, com a dos casamentos (propostas sobre o casamento civil), a das hipotecas e as reformas judiciárias. Mas também ao responder consultas e dúvidas mais simples os conselheiros apontavam falhas da legislação (LOPES, 2007, p. 21).

A não delegação, por parte do Imperador, da capacidade de avaliar as legislações, e demais atos de caráter abstrato, segundo a concordância ou não com os ditames constitucionais revela, como em momentos em que esteve no Brasil o Poder Executivo com poderes excepcionais, outro sintoma da ausência de importância do então Poder Judicial.

Mais uma prática, importante para se analisar a sobredita relação, deve ser destacada: o poder de interpretar as leis.

Embora a Constituição de 1824 traga, em seu artigo 15, ao discorrer sobre as atribuições da “Assembleia Geral”, ser desta, inc. VIII, “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las, e revogá-las”. As consultas ao Conselho de Estado dão mostra de que determinar a correta forma de interpretação das leis estava a cargo do Poder Executivo.

Para a interpretação oficial da lei, emitia o Imperador os chamados “Avisos do Ministério do Império”, que “funcionavam como verdadeiras interpretações autênticas dos regulamentos gerais e parecem ter, pois, força geral”(LOPES, 2007, p. 11).

Esta onipresença do Conselho de Estado, segundo Otaciano Nogueira, torna uma “praxe disseminada” que os juízes suscitam dúvidas quanto à correta interpretação da lei. O que “não só postergava indefinidamente os julgamentos”, mas, prossegue, “impedia, por falta de sentença, os recursos previstos em lei para os tribunais da relação” (2001, p. 40).

2.1.3 Contencioso administrativo

Ainda no Império, ponto que convém à noção do desenvolvimento do controle da atuação do Poder Executivo no Brasil diz respeito ao contencioso administrativo presente no país.

A Constituição de 1824 determina que o Poder Judicial, como um Poder independente, terá lugar nos casos cíveis e criminais. Não se manifestando, no entanto, sobre a questão administrativa.

Ausente disposição expressa sobre qual dos poderes exerceria a jurisdição em matérias nas quais estivesse o Estado envolvido, brotava um interessante debate de natureza jurídica, com uma forte conotação política. Vindo a se tornar um ponto bastante divergente da época:

A controvérsia sobre o direito do Executivo de exercer a justiça administrativa era sobrepujada somente pela controvérsia sobre a natureza do poder Moderador, e os argumentos a favor ou contra dependiam da interpretação dada a Constituição. Por exemplo, um editorial num jornal de São Paulo mantinha que na Constituição não havia um simples artigo dando ao Executivo tal prerrogativa, enquanto que outro periódico mantinha que a prerrogativa foi criada pela Constituição (GARNER, 1997, p.3)..

Tratar-se-ia – o que é confirmado pela ausência de uma posição definitiva entre os juristas, porém de um amplo debate – de interpretar a existência de um contencioso administrativo na Constituição, baseando-se, quase sempre, no princípio da independência entre os poderes. Tanto é assim que o contencioso administrativo a que aqui se refere não se configura em plenitude senão no segundo reinado.

Presente o contencioso administrativo durante o período de Pedro I, a abdicação ao trono e o período da regência trouxeram consigo, na senda da inspiração liberal que se consolidava, a tendência de justiça unitária. Seria, “um exemplo do espírito nivelador dos tempos que precederam e seguiram o 7 de abril, e que somente se preocupava dos interesses e direitos do indivíduo, não dos da sociedade”. Segundo o Visconde do Uruguai, era um agir que “embelezado nas teorias sobre a independência do Poder Judicial, que aliás violava, não via fora dele nem garantias nem justiça”. O que configurava, na busca de garantias e daquela independência do Poder Judicial “violação flagrante de um outro poder” (1997, p. 95).

Segundo o conteúdo que se deu, no segundo reinado, ao princípio da independência entre os poderes, ter um Poder que sujeitar-se a outro para fazer valer suas decisões era deixar de ser independente. Segundo Lydia Garner:

A implementação e consolidação de decisões do poder Executivo requeria que este poder, e não o Judiciário, tivesse a autoridade final em assuntos sob a jurisdição do Executivo. Do contrário, haveria o risco do Judiciário interferir nos atos do Executivo. Este ponto era crucial, e podia ser resolvido somente com a institucionalização da justiça administrativa sob a égide do Executivo (Op. cit., p. 2).

O contencioso administrativo, também no Brasil império, surge como uma necessidade sentida pelo Poder Executivo de possuir para si uma esfera de decisão inalcançável a outros poderes. E mesmo que se encontre um ambiente rico em debates sobre sua constitucionalidade ou não, fato é que a criação do contencioso administrativo brasileiro não se deu vagarosamente. Ao contrário, foi criado

em 1842 pelo Regulamento 124 que deu organização à lei que reinstituiu o Conselho de Estado. O Capítulo 3 deste regulamento, intitulado “Dos Objetos Contenciosos”, determinou em 27 artigos quando e como a justiça administrativa deveria ser empregada no Brasil (GARNER, 1997, p. 2).

A fundamentação quem dá é o Visconde do Uruguai, em seu “Ensaio de Direito Administrativo”. De acordo com este autor, trata-se de manter ambos os poderes independentes, o Judicial, porque julgando casos administrativos perderia o poder de executar suas decisões por completo (precisaria dos meios disponíveis ao Executivo) e, principalmente, o Executivo, pois perderia amplo poder para “bem apreciar razões de Estado, e de interesse público, que devem dominar nos assuntos administrativos” (1997, p. 82).

Este próprio autor reconhece não ser passiva sua posição, isto porque, ao declará-la, trá-la em tom de resposta:

Não tem faltado quem queira entregar a solução das questões contenciosas administrativas ao

poder judicial. Mas esse modo de proceder traria as seguintes conseqüências: 1) Violaria o grande princípio da divisão dos poderes; 2) Faria intervir o poder judicial na administração; 3) Embaraçaria a cada passo a administração. 4) Manteria a sua responsabilidade envolvendo a mesma administração com o poder judicial (Op. Cit. p.81)

Haveria um caso de inabilitação mesmo, segundo Uruguai, para resolver os conflitos em que houvesse o interesse do Estado envolvido. Para este autor “acresce que o poder judicial não está habilitado para bem apreciar razões de Estado, e de interesse público, que devem dominar nos assuntos administrativos” (1997, p. 82).

Além dos assuntos em que houvesse o Estado em uma das partes,

considerava-se também contencioso administrativo o conflito que envolvia direitos de servidores ou oficiais de justiça, membros da guarda nacional e semelhantes. Um caso em Nabuco de Araújo reconhece haver contencioso administrativo nestes termos é o das sucessoras de um oficial de justiça que havia transferido seu tabelionato para outra pessoa. O novo tabelião ficara com o encargo de pagar-lhes uma pensão, cujo valor fora originalmente arbitrado pelo governo. Nabuco, acompanhado de Jequitinhonha, insistiu em que o caso era administrativo, não judicial (Consulta de 16 de julho de 1867) (LOPES, 2007, p. 24).

2.2 PRIMEIRA REPÚBLICA

Unificadas as justiças – a administrativa, a civil e a criminal – mediante disposição expressa da Constituição de 1891, passam as teorias brasileiras de controle judicial do ato de governo a refletir o pensamento norte-americano, do qual Rui Barbosa é o principal baluarte no Brasil.

No Brasil, a Constituição republicana de 1891 – assim como a de 1946 – não faz menção à proibição expressa do controle do ato de governo pelo poder judiciário. O que não significou, pelas condições históricas, não ter tal poder deixado de entendê-lo jurisprudencialmente.

Coautor da Constituição da primeira república, Rui Barbosa tem, em seu pensamento, ainda que um americanismo exacerbado, uma linha condutora do que se desenvolveria em doutrina a cerca do tema dos atos de governo neste momento. A jurisprudência, no entanto, bastante mais afeita a tipificações amplas como “razões de Estado”, ou “manutenção da ordem”, não necessariamente a endossa.

No ponto referente a primeira república, atentando-se a uma historiografia que não apresenta a história conforme uma linha continuada, porém como uma sequência de acontecimentos em, às vezes, espiral, traz-se, primeiramente, a apresentação do pensamento de Rui Barbosa. Ao fim, expõe-se um exemplo chave de manifestação do Supremo Tribunal Federal, em petição daquele advogado, na qual se reconhece, a despeito de uma Constituição que não lhe defendia, um espaço impenetrável à apreciação judicial.

2.2.1. O pensamento de Rui Barbosa

Com um desenvolvimento bastante coerente e metódico, as exposições de Rui Barbosa em suas petições – várias delas tornadas, algumas ainda em vida do autor, obras jurídicas – trazem o norte de seu pensamento sobre a existência de um espaço do político, insindicável judicialmente. Afinal, dirá:

desde Marshall, no memorável aresto em que se sagrou a jurisdição dos tribunais contra o exercício inconstitucional das faculdades do governo, ou do Congresso, ficou, ao mesmo tempo, reconhecido existir no domínio desses poderes uma região impenetrável à autoridade da justiça: a região política. (grifo no original, BARBOSA, 2004, p. 105).

Em desenvolvimento, Rui Barbosa apela ao bom-senso: “toda a gente percebe que subordinar atribuições desta ordem à instância revisora dos tribunais seria grosseiro contrassenso e rematada confusão”. Questionar se “desastrosa a declaração de guerra”, “intempestiva a mobilização da milícia”, “parcial ou inepta a ingerência federal nas lutas intestinas dos Estados”, seria não reconhecer, em suma, qualquer poder ao Executivo, implodindo a ordem constitucional. Dirá o autor que estas são

questões de natureza opinativa, que se resolvem, não de acordo com regras preestabelecidas e formais, mas segundo o critério da observação, da providência, da utilidade. São, portanto, questões de governo. Incumbem à esfera do administrador, do estadista (Idem, p. 113).

Ao definir a origem da insidicabilidade para um caso concreto, Rui Barbosa propõe uma abordagem capaz de trabalhar em conjunto com teorias do ato de governo, segundo o pensamento francês exposto no primeiro capítulo desta dissertação, a princípio não coesas. Dirá que “a questão pode ser política (no sentido que nos interessa: no sentido estrito) por três modos: pela natureza do assunto, pela forma que a controversia assumir, pelos termos em que a resolverem” (Idem, p. 107).

Uma abordagem tão alargada quanto a possibilidade de originar-se o ato de governo – não só segundo o ato seja *naturalmente* político, não só segundo a *repercussão* política de um ato qualquer, não só segundo a *resolução* de um determinado caso implique um resultado político –, aparenta-se, ao primeiro momento, bastante permissiva ao arbítrio Executivo.

Para limitá-la, no entanto, Rui Barbosa trará o ponto chave de sua conceituação: a existência de algum direito individual violado. Reconhecida a existência desta *região*, o foco de Rui Barbosa é conceber-lhe limites.

Discorrendo, traz este autor:

Versa a questão sobre a existência constitucional de uma faculdade, administrativa, ou legislativa? A solução, nessa hipótese, está indicada pela enumeração constitucional das faculdades consignadas a cada ramo do governo. A matéria é judicial. Versa ela sobre a extensão desse poder relativamente aos direitos individuais? O confronto entre a cláusula que confere o poder e a cláusula que estabelece a garantia determina, por intuição, ou interpretação, o pensamento constitucional. O assunto ainda é judiciário. Versa, enfim, sobre a maneira de exercer este poder, sua conveniência, sua oportunidade? Nesse caso a questão é política: porque seus elementos de apreciação pertencem intrinsecamente à função conferida, e a ingerência de outro poder a anularia intrinsecamente (Idem, p. 106-7).

Rui Barbosa traz que aplicar a separação entre os poderes da república, segundo os ditames constitucionais é, então, matéria afeita ao Poder Judiciário, reconhecer a limitação destes mesmos poderes quando de encontro a um direito individual, também o é. Somente haverá uma questão política quando, no exercício de uma faculdade constitucionalmente garantida, e segundo o seu juízo de conveniência e oportunidade, o ato emanado por um Poder não se enquadre em uma daquelas duas primeiras assertivas.

É de se concluir, traz este autor, que o Poder Judiciário está obrigado a manifestar-se, na defesa da Constituição em casos em que esta mesma seja ofendida, e somente poderá deixar de “conhecer da inconstitucionalidade, imputada aos atos do Poder Executivo, quando esses atos se abrangem na categoria daqueles que são confiados à sua discricção, e não interessam garantias individuais” (Idem, p. 110-1). Respeitada estaria, então, a mesma Constituição.

O foco de Rui Barbosa, assim, não é a limitação *a priori* de uma esfera da política, não penetrável pelo juízo dos tribunais – segundo a natureza dos atos, segundo a motivação política em que se os fundamenta – porém uma conceituação capaz de retornar a estes tribunais um exercício de julgamento segundo haja ou não, especificamente, ataque aos ditames constitucionais.

Um ato ao qual o Executivo lhe empreste motivação política – o móvel político – deverá ser, assim, apreciado em sua constitucionalidade pelo Judiciário, afinal “a violação de garantias individuais, perpetrada à sombra de funções políticas, não é imune à ação dos tribunais”. Competirá verificar “se a atribuição política, invocada pelo excepcionante, abrange em seus limites a faculdade exercida (Idem p. 118-9)”.

Igualmente, ainda que um ato seja de natureza política – segundo o ditame constitucional –, deverá ser sindicado pelo Poder Judicial, afinal “o arbítrio, administrativo, ou legislativo, onde a Constituição o autoriza, o arbítrio de cada função política no círculo de si mesma, tem sempre o seu termo nos direitos individuais ou coletivos, que a própria Constituição garante” (Idem, p. 114).

2.2.2 A doutrina de Rui Barbosa em xeque, o HC-300

A utilização do *Habeas Corpus* durante a primeira república pode parecer por demais ampla ao leitor contemporâneo. Sua utilização estava fundamentada na Constituição republicana de 1891. Em

realidade, embora já constasse no Código Criminal de 1832, este instituto apenas fora elevado à garantia constitucional nesta primeira constituição republicana. Em um primeiro momento (até a reforma de 1926), ele se destinou a proteger diversos direitos ameaçados ou violados – alguns direitos a cuja defesa hoje se presta o mandado de segurança, por exemplo –, não se restringindo à liberdade de ir e vir. Sobre este instituto e seu *status* na Primeira República:

O Habeas Corpus já constava do Código Criminal de 1832, portanto já existia no Império. Apenas foi elevado ao status de norma constitucional com a Constituição de 1891. E como a norma que estabelecia o habeas corpus (art. 72 §22º) tinha uma redação bastante abrangente, a jurisprudência brasileira ampliou o instituto para com ele proteger inúmeros direitos ameaçados ou violados, e não apenas a liberdade de ir e vir (PAIXÃO, 2007, p. 117).

O caso aqui em apreço, no entanto, retrata uma destinação hodierna do dito remédio heroico. Trata-se do *Habeas Corpus* nº 300, tendo como pacientes o almirante Eduardo Wandenkolk e outros detidos num período de estado de sítio (e mesmo antes) decretado por Floriano Peixoto, a 10 de abril de 1892.

Neste dia, manifestações populares foram dissolvidas por forças do Exército, com alguns presos imediatos. Seguida a decretação do estado de sítio, e com ele suspensas as garantias constitucionais, pelo período de 72 horas, algumas prisões mais ocorreram, com desterrados para Rio Branco, Cucuí e Tabatinga, no Estado do Amazonas. Entre os detidos, em nome dos quais Rui Barbosa impetraria *Habeas Corpus* com amplo impacto jurídico e destacada presença na imprensa da capital, encontravam-se militares, jornalistas e deputados (RODRIGUES, 1991, p. 17-8).

Pelas páginas do jornal “O Paíz”, começa Rui Barbosa por defender esta medida como parte de um dever republicano, de defesa mesmo da Constituição, e não somente daqueles que teriam sido arbitrariamente detidos. Nas páginas daquele jornal seria publicada a inteira peça do *Habeas Corpus*, com comentários do advogado e importante destaque.

Desde o princípio, a petição se preocupa em excluir a existência ali de uma área na qual o Poder Judiciário não poderia se intrometer, segundo aqueles ditames próprios ao americanismo de seu pensamento:

“os casos, que, se por um lado tocam a interesses políticos, por outro envolvem direitos individuais, não podem ser defesos à intervenção dos tribunais, amparo da liberdade pessoal contra as invasões do executivo” (BARBOSA, 1892, p. 3).

A existência de um período de estado de sítio, durante o qual a maioria das prisões fora efetuada, tampouco é suficiente para inibir a atuação do Poder Judiciário, segundo Rui Barbosa:

Se os defeitos do estado de sítio fossem exclusivamente políticos, os tribunais federais não teriam, de certo, nada que ver com as consequências de seu uso. Mas, desde que estas interessam ao direito privado, à individualidade civil dos cidadãos, arriscando-os às mais intoleráveis misérias da opressão, não há conveniência de governo que possam extorquir as vítimas a faculdade do apelo à justiça (Idem).

Dando continuidade à linha de argumentação que segue o impetrante – inclusive formulando a cláusula de inafastabilidade do controle jurisdicional incorporada ao ordenamento brasileiro a partir da Constituição de 1946 segundo a qual “onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça: este o princípio fundamental de todas as constituições livres” (Idem) –, Rui Barbosa apresenta a manutenção das prisões como sendo manifestamente ilegais, eis que efetuadas sem fundamentações adequadas e mantidas sem o devido processo legal.

Durante este período, em que as seguidas incursões de Rui Barbosa na imprensa, somadas à instabilidade institucional fruto dos sucessivos rompantes autoritários do presidente, o assunto tomou o centro do debate político nacional. A polarização entre aquele já reconhecido como o maior jurista nacional e o governo federal estava formada.

Se de um lado a presença de Rui Barbosa perante o Supremo Tribunal Federal era algo sacralizado, como a de “Deus no tabernáculo”, segundo um dos ministros ao momento, de outro corria como verdadeira uma frase atribuída ao então chefe do Poder Executivo, Floriano Peixoto: “se os juizes do Tribunal concederem *habeas corpus* aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o *habeas corpus* de que, por sua vez, precisarão” (RODRIGUES, 1991, P. 18-9).

E é assim que, em 23 de abril de 1892, tomaram assento, com o presidente Freitas Henriques, os ministros Visconde de Sabará, Andrade Pinto, Aquino e Castro, Souza Mendes, Trigo de Loureiro, Pereira Franco, Pisa e Almeida, Barros Pimentel, Macedo Soares e Antífolo de Carvalho, sendo relator o Ministro Barradas.

Presentes àquela sessão encontravam-se, além de jornalistas de órgãos de imprensa governistas e não-governistas, diversos setores da população da república, curiosos e diretamente interessados naquele julgamento que poderia, supunha-se, impor limites às atuações excessivas do vice-presidente, chefe *de fato*, da nação brasileira.

Lida a íntegra da petição de Rui Barbosa e feito o relatório pelo Ministro Barradas, a palavra foi dada Rui Barbosa, que, nos termos já aqui apresentados, daria o norte de sua fundamentação na necessidade de se colocar a Constituição, com seus direitos e garantias, assegurada acima das vicissitudes políticas. Destaque-se de sua sustentação oral:

Formulando para nossa pátria o pacto da reorganização nacional, sabíamos que os povos não amam as suas constituições senão pela segurança das liberdades que elas lhes prometem, mas que as constituições, entregues, como ficam, ao arbítrio dos parlamentos e à ambição dos governos, bem frágil anteparo oferecem a essas liberdades, e acabam, quase sempre, e quase sempre se desmoralizam, pelas invasões, graduais ou violentas, do poder que representa a legislação e do poder que representa a força (BARBOSA, 1956, Vol. XIX, t. III, p. 91).

Rui Barbosa fala como um dos co-autores da mesma Constituição que vê, em suas garantias, suspensa pelo “parênteses constitucional” (termo da petição) em que se constitui o Estado de Sítio. Clama aos ministros que a defendam, que sustentem suas próprias independências, as quais se fundamentam naquela Carta.

Não falta, ainda, nesta sustentação, referência à famosa “Razão de Estado”, conceito onipresente em momentos de suspensão dos direitos individuais, e não necessariamente dotado de conteúdo racionalizável:

E por isso fizemos deste tribunal o sacrário da Constituição, demos-lhe a guarda de sua hermenêutica pusemo-lo como um veto

permanente aos sofismas opressores da Razão de Estado (...). Ora, é a primeira vez que essa aspiração vai ser submetida à prova real. (Idem).

Prosseguindo-se a tomada dos votos, no entanto, a prova real a que se referia Rui Barbosa reprovou a aspiração. Em votos simples – denotando a via que escolhia o Supremo Tribunal Federal: a da exclusão da competência para julgar –, os ministros denegam, nos termos do voto do relator, com a presença de apenas um voto contrário, do ministro Pisa e Almeida, a ordem de *Habeas Corpus*.

Publicado o acórdão, encontra-se ali fundamentação não menos simples do que a da audiência. No qual se lê:

Considerando, portanto, que antes do juízo político do congresso não pode o poder judiciário apreciar o uso que fez o presidente da República daquela atribuição constitucional, e que também não é da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do poder executivo ou legislativo; Considerando que, ainda quando na situação criada pelo estado de sítio estejam ou possam estar envolvidos alguns direitos individuais, esta circunstância não habilita o poder judicial a intervir para nulificar as medidas de segurança decretadas pelo presidente da república; visto ser impossível isolar esses direitos da questão política que os envolve e compreende (...). Considerando, finalmente, que a cessação do estado de sítio não importa, ipso facto, na cessação das medidas dentro dele (...). Nega-se, por esses fundamentos, a pedida ordem de habeas corpus (O PAÍZ nº 3651, 28/04/1892, p. 2).

Assim, em cerca de cinco laudas, em parágrafos principiados por “considerandos”, o acórdão aborda de maneira sucinta cada ponto levantado por Rui Barbosa, apenas para respondê-los não menos brevemente. De considerando em considerando, o Supremo Tribunal Federal consagra a existência de uma esfera insindicável pela sua própria atuação, a autolimitação consagrada é mesmo aquela do espaço da política, da não intromissão nas funções de governo. Consagra aquele Tribunal o espaço da “Razão de Estado”, sob o qual se protegem as

detenções questionadas, e sobre o qual apenas o Poder Executivo pode tecer julgamentos.

Consagra ainda mais: de encontro frontal à sustentação de Rui Barbosa, estabelece que os direitos individuais somente poderiam ser garantidos se fosse possível separá-los da fundamentação política de sua violação. O que é como dizer que, existindo essa, perde-se a garantia sobre aqueles.

O jornal “O Paíz” – um jornal de orientação republicana tido por simpático a Floriano Peixoto, porém mais simpático ainda a Rui Barbosa –, em 24 de abril daquele ano, principia seus comentários acerca do julgamento em tons fúnebres:

Para nós, o dia da negação desse *habeas corpus* deveria ser luto nacional, se por acaso o pavor espalhado sobre toda a sociedade brasileira pelo absolutismo das providencias rigorosas que o governo pôs em prática, detendo e desterrando sem interrogatórios, sem defesa, não envolvesse todas as corporações, não infiltrasse todos os espíritos a consciência da instabilidade, o receio muito legítimo das ameaças e dos perigos que o dia de amanhã pode trazer no bojo dos poderes ilimitados (ed. 3647, p. 1, grifo no original).

O julgamento levantara dúvidas, neste mesmo artigo de jornal, acerca da manutenção da imparcialidade do Poder Judiciário. Um Judiciário laicaio do Executivo não seria capaz, sabiam o jornal e o advogado, de sustentar as instituições republicanas. É com esse receio da incapacidade de impor limites ao chefe do Executivo – ainda vice-presidente, diga-se, já que Floriano Peixoto nunca foi formalmente investido no cargo máximo – que Rui Barbosa tece seus comentários sobre o caso.

De Pisa e Almeida – o único ministro vencido, que provia o *habeas corpus* – disse que “como aquele personagem de Shakespeare, capaz de reconhecer ao próprio demônio o seu direito, o grande brasileiro já não é para nós uma opinião: é uma escola”. Do Procurador Geral da República, Barão de Sobral “chefe supremo do ministério público neste tribunal”, comenta que a ele reconhecera, em confidência amistosa, “que a causa do direito era a causa do *habeas corpus* (...) mas a causa do direito devia velar face em presença da mais alta das necessidades” (BARBOSA, 1956, Vol. XIX, t. III, p. 303; e t. IV p. 228).

Destarte, ainda que coautor da Constituição Federal de 1891, recebido como autoridade de superior conhecimento perante o Supremo Tribunal Federal, com o apoio de uma boa parte da imprensa de sua época, Rui Barbosa não fora capaz de fazer valer sua própria doutrina constitucional. Sem determinação legal ou construção teórica que o impelisse a tanto, este Supremo Tribunal agiu no sentido de autolimitação. Não é de sua índole envolver-se nas questões políticas, foi a mensagem deixada.

Ao abandonar, aos poucos, esta postura de autolimitação, o Supremo Tribunal Federal da Primeira República não desemboca em conclusões mais esperançosas. É destacável, a título exemplificativo, um *habeas corpus* concedido em 1911, que assegurava a membros eleitos da Câmara Municipal do Distrito Federal– depostos na vigência de outro estado de sítio – a manutenção de suas legislaturas, com a garantia de entrarem e permanecerem na câmara. O presidente Hermes da Fonseca se recusou a cumpri-lo, encaminhando suas justificativas ao Congresso Nacional, que o presta suporte. Aos ministros, couberam apenas protestos públicos⁴⁵ (PAIXÃO, 2007, p. 135).

O período da primeira república, em suma, se não contou com uma classificação legal ou teórico-jurisprudencial do que fora um ato de governo, tampouco contava com um Poder Judiciário forte para implicar a realização de suas medidas frente ao Executivo, o que, acaba-se por concluir, torna aquela citada classificação desnecessária.

2.3 ERA VARGAS: A TIPIFICAÇÃO DO ATO DE GOVERNO

2.3.1 A Emenda Constitucional de 1926 como uma prévia do sistema varguista de ato de governo

A consolidação jurídica da centralização de poder proposta por Getúlio Vargas torna imprescindível a supressão da Constituição liberal-federalizante de 1891.

Ainda que muito condizente com alguns momentos de centralização presidencialista ocorridos durante a primeira república, uma emenda constitucional que tolhe a capacidade de apreciação dos atos do Poder Executivo por parte do Judiciário, que restringe o alcance do *habeas corpus* e que reduz o caráter federativo da República, não

⁴⁵ O inteiro teor do acórdão está disponível no sítio do Supremo Tribunal Federal, seção de julgamentos históricos.

pode estar de acordo com os paradigmas defendidos pela Constituição de 1891. E tal contradição é ainda mais explícita caso se considere – como o tem considerado a historiografia jurídica – ser a primeira constituição republicana fruto principalmente do pensamento de seu coescritor, Rui Barbosa.

Em 1926, nos estertores da Primeira República, uma Emenda Constitucional traz fato novo ao assunto da exclusão da possibilidade de apreciar determinados atos emanados pelo governo. Esta Emenda, emanada em 3 de setembro daquele ano, dotada de ao menos um vício formal, e produzida em momento de legitimidade duvidosa para tanto⁴⁶, reforma grande parte das disposições relativas ao Poder Judiciário.

Tratou-se de uma Emenda Constitucional bastante profunda na quantidade de artigos reformados. Os comentarista, no entanto, souberam-lhe destacar três pontos principais:

As emendas introduzidas em 1926 simplesmente fortaleceram, como se intencionava que fizessem, o controle autocrático do país pelo presidente federal – em três direções: enfraquecendo a autonomia dos Estados; facilitando a aplicação do veto presidencial; e impondo ainda maiores restrições à liberdade do cidadão (HAMBLOCH, 2000, p. 87).

No primeiro ponto, o enfraquecimento da autonomia dos estados algo que se pode destacar foi o significativo alargamento do artigo 6º da Constituição. A possibilidade de o governo federal intervir nos assuntos peculiares dos estados.

Se antes esse artigo reduzia-se a dois incisos – “para repelir a invasão estrangeira, ou de um estado por outro” e “para manter a forma republicana federativa” –, agora o rol de possibilidade era sobremaneira aumentado. Conta-se, entre os incisos, quatro, e entre as alíneas do segundo – “para assegurar a integridade nacional e o respeito aos seguintes princípios constitucionais” –, doze.

⁴⁶ Sobre o vício de forma: “Foi o então ocupante da presidência da República que propôs a revisão constitucional de 1926 (...) em contradição com o Artigo 90 da Constituição de 1891, que foi, apesar disso, mantido na emenda de 1926. De acordo com esse Artigo. As emendas constitucionais somente poderiam ser da ‘iniciativa do Congresso Nacional ou das Assembleias dos estados’ (HAMBLOCH, 2000, p. 88-9)”. Sobre o momento histórico, basta seja dito que o país se encontrava em (mais) um estado de sítio.

Destaque-se a amplitude das alíneas supracitadas, o que poderia acabar por consagrar, novamente, ao arbítrio do Executivo central a disponibilidade de um instituto caro à Constituição de 1891: o federalismo. Entre eles, passa a poder intervir o governo federal nos assuntos peculiares dos estados para defender: “c) o governo presidencial; d) a independência e harmonia dos Poderes”; e mesmo “g) a capacidade para ser eleitor ou elegível nos termos da Constituição; h) um regime eleitoral que permita a representação das minorias”; todas essas, situações ausentes no texto constitucional originalmente desenvolvido.

Do segundo, a alteração da forma de veto, o que se concretizou foi a alteração da necessidade de, em seu exercício, o Presidente o fazer contra todo o projeto apresentado. A alteração trazida pela Emenda, de outro modo, permitia ao presidente que o fizesse, segundo seu posicionamento, de forma parcial ao texto legal apresentado, sendo possível vetar apenas um parágrafo ou artigo. Segundo Aliomar Baleeiro, o abuso desta nova possibilidade foi tanto que “chegou ao ponto de vetar-se uma palavra ‘não’, permitindo o que se proibira” (2001, p. 63).

O terceiro ponto elencado por Ernest Hambloch, acima citado, diz maior respeito a este trabalho, o que o autor elencou como “maiores restrições à liberdade do cidadão” será aqui descrito como: o novo conteúdo do instituto do *habeas corpus*; e a restrição ao Poder Judiciário de que conheça de determinadas matérias.

Sobre o *habeas corpus* a mudança é bastante explícita, deixa esta garantia de prestar-se a defesa do indivíduo sempre que este “sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”, para reduzir-se ao caso de “sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”.

Como já se expôs no ponto anterior, o *habeas corpus* na primeira república brasileira prestava-se não só à garantia da liberdade – física – individual. Assegurava, como se viu no caso dos deputados fluminenses e a manutenção de seus mandatos, um instituto bastante para que se garantisse o exercício de qualquer direito individual violado pelo abuso do poder estatal. Tal não era feito por alargamento desnecessário dessa garantia: era feito por faltarem outros institutos dos quais os cidadãos viriam, posteriormente, a dispor.

Restringir aquele instituto era, em termos práticos, retirar da capacidade dos governados um importante mecanismo para que fosse suscitada a manifestação do Poder Judicial em casos de abuso do Poder

Executivo, era, evidentemente, favorecer a centralização do Estado nas mãos da chefia do governo.

Dentro do que, segundo a referência utilizada chamou-se de “restrições à liberdade do cidadão”, em uma das novas disposições, relativa à competência da Justiça Federal, lê-se:

EMENDA CONSTITUCIONAL, 3 DE SETEMBRO DE 1926

(...) Substituam-se os arts. 59 e 60 da Constituição pelo seguinte:

À Justiça Federal compete: (...)

§ 5º Nenhum recurso judiciário é permitido, para a justiça federal ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração do estado de sítio e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade e a perda de mandato dos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigência do estado de sítio, não poderão os tribunais conhecer dos atos praticados em virtude dele pelo Poder Legislativo ou Executivo.

A forma da exclusão funcionava, segundo a teorização francesa já exposta, em um viés dúplice: assegurava-se o caráter político de determinados atos a partir de sua natureza – são aqueles constantes do rol apresentado na lei, em tese taxativo –, porém era garantida uma determinada esfera de *móvel político*, aquela na qual se inserem os atos precedidos por uma declaração de estado de sítio.

Trata-se de um pesadíssimo retrocesso do controle judicial dos atos emanados pelo Poder Executivo, haja vista que não havia qualquer impedimento legal a que o Poder Judiciário conhecesse das matérias que poderiam ter um fundo político. Isto porque:

Os Tribunais Federais já tinham sido autorizados pela Constituição de 1891 a julgar “crimes políticos”; mas o parágrafo 5 do Artigo 60 da emenda de 1926 merece atenção. Ele desarmou não somente o cidadão, mas o próprio Judiciário perante o Poder Executivo, e reduziu o estado de sítio a um lugar-comum incidental e constitucional na vida diária de uma república “livre” (HAMBLOCH, 2000, p. 92).

O perigo acima destacado se insere perfeitamente no contexto histórico da primeira república: a proliferação de “estados de sítio”. Instituto usual durante este período, excluir o conhecimento dos atos praticados em função destes, ainda que somente na vigência destes, era consagrar uma boa dose de arbítrio governamental em detrimento das liberdades individuais.

Não se insere, no entanto, no contexto jurídico demarcado pela Constituição de 1891. Se o Poder Judiciário haveria de ganhar meios bastantes para assegurar as liberdades, se o republicanismo implicava uma redução na capacidade do Estado de dispor dos direitos dos cidadãos, se, consagrando o pensamento de Rui Barbosa “o arbítrio de cada função política no círculo de si mesma, tem sempre o seu termo nos direitos individuais” (2001, p. 249), aí a Emenda Constitucional de 1926, ao permitir que em determinadas condições – circundadas por uma motivação política – haja um impedimento de que se faça valer os direitos, ataca frontalmente aquela estrutura garantidora.

2.3.2 A Constituição de 1934

Empreendido o golpe de 1930, encontra-se o governo federal em um estado de anomia: o movimento ao derrubar o presidente eleito viola a Constituição, porém não ergue outra estrutura jurídica capaz de fazer-lhe substituto.

Traz, isto sim, uma promessa de que posteriormente o virá a fazer: no Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, ao instituir o “Governo Provisório da República”, declara que este governo “exercerá discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo”, ao que assegura a limitação futura de que somente o fará “até que eleita a Assembleia Constituinte estabeleça esta a reorganização constitucional do país”.

Escrever e promulgar uma nova Constituição, no entanto, não era algo que estava no primeiro plano do movimento de 1930, haja vista a necessidade de garantir-lhe, antes, profundidade o bastante para fazer com que seu programa determinasse o sentido dos trabalhos (CERQUEIRA, 2006, p. 477). Assim, e pressionado pelo movimento rebelde paulista, somente em 1932 o presidente convocaria, por meio do decreto de 14 de maio daquele ano, “eleições à Assembleia Constituinte”, no mesmo instrumento, cria uma comissão para elaborar o anteprojeto da Constituição.

Esta comissão reunir-se-ia, pela primeira vez, em 11 de novembro de 1932, na casa de seu presidente, Mello e Franco. Posteriormente, passaria a sediar os trabalhos o Palácio do Itamaraty, condição que lhe deu o nome pelo qual ficou conhecida: Comissão do Itamaraty (POLETTI, 2007, p. 23).

Compunham a comissão: Mello Franco (presidente), Assis Brasil, Antônio Carlos Prudente de Moraes Filho, João Mangabeira, Carlos Maximiliano, Arthur Ribeiro, Agenor de Rourc, José Américo, Oswaldo Aranha, Oliveira Vianna, Goés Monteiro e Themístocles Cavalcanti (Idem, p. 22).

Dentro da comissão constitucional, grande parte dos variados posicionamentos ideológicos, dominantes do debate político na década de 30, se encontravam membros de inclinação fascista, socialista⁴⁷, liberais e autoritários.

Reunindo-se cinquenta e uma vezes, a comissão encerrou seu trabalhos a 5 de maio de 1933. Deste trabalho, resulta o texto do anteprojeto, o qual seria avaliado e, por fim, substituído em diversas partes pela Assembleia Constituinte eleita e regulamentada por decretos do chefe do Poder Executivo (Idem, p. 22).

Podado e alterado, em seu substitutivo, o texto constitucional deixaria de reconhecer o salário mínimo como bastante às “necessidades normais de um trabalhador”, para “às necessidades mínimas de subsistência de um trabalhador”⁴⁸. Entre outros, retirou-se a cláusula segundo a qual “nos contratos vigentes o devedor não será obrigado a pagar o juro além do dobro da taxa legal, ainda quando se estipular o contrário”.

Em suma, eliminaram-se diversos pontos de defesa das classes mais pobres, ao que João Mangabeira, um dos principais autores do

⁴⁷ Nesta, um dos principais autores do texto final apresentado pela comissão, João Mangabeira. Destaque-se o seguinte ponto dos debates: “Uma primeira intervenção de João Mangabeira, na segunda sessão, logo após a apresentação do documento elaborado por Carlos Maximiliano, marca bem o tom dos debates e preocupação, até aquele momento, inédita na condução histórica dos nossos assuntos de governo. Está registrado na ata: ‘O Sr. João Mangabeira salienta que todas as Constituições modernas têm como orientação acabar com as desigualdades sociais. Se a Constituição brasileira não marchar na mesma direção, deixará de ser revolucionária para se tornar reacionária’” (POLETTI, 2007, p. 23).

⁴⁸ Ao que João Mangabeira, a quem coube especificamente na comissão do Itamaraty o capítulo da Ordem Social, dirá: “É o salário da fome. O que a nova Constituição lhes reconhece é o direito que já se concedia ao escravo: o de não morrer de fome”. (*Apud* CHACON, 1987, p. 149).

anteprojeto, de tendência aliada a um socialismo democrático, referindo-se ao projeto elaborado pela Assembleia Constituinte, dirá: “onde, porém, o projeto requinta no seu reacionarismo, é no capítulo da Ordem Social. Aí tudo é garantia, carinho e aconchego para os ricos. Escárnio, desprezo e impiedade para os pobres”(Apud. CHACON, 1987, p 149).

Alterou-se, ainda, um ponto extremamente caro a este trabalho, que é o da competência do Poder Judiciário. Tanto da sua capacidade de julgar casos políticos, quando do seu poder de declarar a inconstitucionalidade das leis e dos atos do Executivo.

2.3.2.1 A tipificação do ato de governo e o controle da declaração de inconstitucionalidade

Se, como exposto, a tipificação do ato de governo já estava presente a partir da Emenda Constitucional de 1926, em um rol de atos dados por sua natureza, e em uma condição capaz de emprestar a alguns esta característica – qual seja: o estado de sítio –, isso não faz com que careça de originalidade a declaração do ato de governo na Constituição Federal de 1934.

Ao lado desta declaração, outro ponto chave na limitação ao poder de controle exercido pelo Judiciário – e conflituoso entre anteprojeto e texto final – é o quorum necessário para a declaração da inconstitucionalidade uma lei ou ato emanada do governo federal. Em linhas gerais, o anteprojeto, em relação ao Judiciário:

Deixava claro competir ao Supremo "interpretar conclusivamente a Constituição, em todo o território brasileiro", com o que se evitaria qualquer resistência nesse sentido, como se ensaiaram no Brasil e existira nos Estados Unidos da América. O anteprojeto estabelecia, também, que a inconstitucionalidade somente poderia ser decretada por votos de dois terços dos Ministros do Supremo. Aliás, trazia algumas interessantes inovações sobre o tema da inconstitucionalidade, valorizando a presunção em favor do Legislativo e dos atos das autoridades. (POLETTI, 2007, p. 30).

É que a comissão do Itamaraty estava embebida em esperanças no potencial socialmente revolucionário da Aliança Liberal. Defendia a atuação menos limitada do Poder Executivo, eis que creditava um reacionarismo ao Poder Judiciário, nas palavras de João Mangabeira.

Era a perfeita configuração daqueles movimentos revolucionários franceses, tementes de que os juízes fossem capazes de lhes tolherem as medidas necessárias as suas realizações.

Tanto em torno da tipificação do ato de governo, quanto da declaração da inconstitucionalidade, o conflito entre anteprojeto e substitutivo alcançará a imprensa. O mesmo João Mangabeira, no “Diário Carioca”, defenderá ter dado o anteprojeto melhor redação a eles, insinuando que o Brasil, com o substitutivo, corre o risco de cair na “mais abominável” das ditaduras “aquela desses juízes vitalícios e irresponsáveis diante da nação” (1934, p. 1).

Preocupação latente no coautor do anteprojeto é ter o substitutivo alterado a disposição quanto ao quorum necessário para a declaração de inconstitucionalidade das leis. Em “sua” defesa – que é a defesa do anteprojeto – traz:

Numa democracia, os poderes eletivos, os únicos que representam o povo não devem ter a manifestação de sua vontade consubstanciada na lei anulada ao sabor de uma maioria efêmera, precária ou ínfima do Supremo Tribunal. Para que a decisão desse grande órgão mereça, em caso de tamanha gravidade, o acatamento da nação, é preciso que o voto de uma maioria respeitável assegure a todos a certeza de que, dentro da razoabilidade humana, duvida não pode haver sobre a juridicidade do julgamento supremo. Somente assim o aresto se imporá à consciência nacional, calando nos dois outros poderes vencidos a dignidade do protesto, emudecido diante da majestade da Justiça (Idem).

João Mangabeira se refere, explicitamente, à alteração da necessidade de uma maioria qualificada (dois terços) presente no anteprojeto, para a maioria simples. Relata que anteprojeto o fazia no interesse de conferir Supremo Tribunal Federal “a função oracular de intérprete máximo da Constituição”, porém de defender os interesses da nação, intermediados por seus representantes “contra o conservantismo e a rotina de uma maioria precária”. Afinal:

o anteprojeto determinou que a inconstitucionalidade de uma lei só poderia ser decretada quando, nesse sentido, votassem pelo

menos dois terços dos ministros. Evitavam-se, assim, as famosas decisões de cinco contra quatro, que tanta revolta têm provocado nos Estados Unidos, e tanto têm abalado o prestígio da Suprema Corte Americana. O substituto, porém, exige apenas a maioria absoluta dos juízes do Tribunal. Incide, assim, no erro norte-americano das decisões five to four, ou entre nós da inconstitucionalidade por seis contra cinco votos (Idem).

Quanto a, aqui nomeada, tipificação do ato de governo, o coautor não se pronuncia em tom diverso: teme que a redação final da Constituição permita ao Poder Judiciário adentrar manifestações caras à condução do governo – então – provisório. O anteprojeto traz, no seu Artigo 59:

Nenhum recurso judiciário é permitido contra a intervenção nos estados, declaração de sítio, eleição presidencial, verificação de poderes, reconhecimento, posse e perda de cargos públicos eletivos, tomada de contas pela assembleia e outros atos essencial ou exclusivamente políticos, reservados por esta constituição ao arbítrio de outro poder.

Um rol que a princípio se afigura taxativo para, por fim, permitir-se a ampliação. O parágrafo único concretizava limitação a outras possibilidades de atuação do Poder Judiciário, asseverando que “os juízes e tribunais apreciarão os atos dos outros poderes somente quanto à legalidade, excluídos os aspectos de oportunidade ou conveniência das medidas”. Uma limitação, aliás, que a doutrina manterá ainda muito posteriormente.

A constituição de 1934, por sua vez, com seu texto final, fruto do substitutivo da Assembleia Constituinte, assevera, em seu Artigo 68, brevemente, a regra geral: “É vedado ao poder judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”.

Ao ser criticado pelo texto do substitutivo, naqueles mesmos termos expostos quanto ao quorum para declaração de inconstitucionalidade (de que o texto constitucional corre o risco de permitir uma “ditadura” dos juízes), Levi Carneiro, deputado

constituinte e autor do artigo em questão, defende-se pelo mesmo diário “O Paíz”, ao passo que comenta a ausência de um rol ao ato de governo:

Pelo anteprojeto o Supremo Tribunal adorna-se com o crachá de intérprete conclusivo da Constituição, mas tem esta grilheta nos pulsos. No substitutivo, não lhe dei aquele adorno; mas ampliei a sua ação para defesa da Constituição – e restringi a limitação do art. 59, de questões “exclusivamente políticas”, que ele próprio soberana e conclusivamente determinar. Permito-me supor que não amesquinhei mais que o anteprojeto a ação política, o tremendous power do Tribunal (CARNEIRO, 1934, p. 1).

Curioso debate: um anteprojeto superado pela maioria governista, defendido por garantir mais poder ao Executivo; enquanto o texto final, governista, se apoia em dar mais poderes ao Judiciário. No entanto, conforme sua curta vida torna inquestionável, de fato a Constituição de 1934 não condizia com os interesses dos detentores do poder. Urgia uma centralização ainda maior, aliada a uma ainda maior limitação da capacidade do controle exercido pelo Poder Judiciário.

2.3.3 A Constituição de 1937 e o controle da declaração de inconstitucionalidade

Diante de sua inadaptabilidade ao interesse de Getúlio Vargas – principalmente em face do término de seu mandato, nos termos constitucionais, virtualmente em 1938 –, e com fundamento no frustrado levante comunista de 1935, a superação da Constituição de 1934 dá-se mediante a outorga de um novo texto constitucional.

Na nova Constituição Federal, de 1937, a tendência centralizadora no governo federal se fortalece, com um notado ataque ao Poder Legislativo:

A Carta naturalmente fortalece os poderes do presidente da República a que se permitia, a exemplo da portuguesa, dissolver a Câmara dos Deputados, além de indicar um dos candidatos à Presidência da República, designar os membros do Conselho Federal reservados à sua escolha, e

expedir decretos-leis (CERQUEIRA, 2006, p. 487).

As bandeiras e os símbolos regionais são proibidos, ao ponto de no dia 19 de novembro de 1937 haver uma cerimônia pública de queima das bandeiras estaduais (VILLA, 2011, p. 68). A União poderia intervir nos estados e, deveras importante, nomear interventores (art. 9º). O art. 73 outorgava amplos poderes ao presidente, fazendo deste “autoridade suprema do Estado”, a quem cabia, além de dirigir “a política interna e externa”, orientar a “política legislativa de interesse nacional”.

Foi uma Constituição em que

tratou o presidente da República de afastar óbices que pudessem neutralizar o seu arbítrio. Para esse objetivo, criou o estado de emergência e o estado de guerra; e estabeleceu que durante um ou outro dos atos em virtude dele praticados não poderiam conhecer os juízes e tribunais. (FERREIRA, 2003, p. 112)

Todos estes são elementos que denotam a concentração de poderes em um Executivo cada vez mais forte, aliada a ausência de uma ou outra esfera de poder capaz de lhe impor limites. O artigo referente à exclusão da competência do Poder Judiciário em relação aos casos políticos, no entanto, foi mantido intocado, sinal de que já se apresentava condizente com uma magistratura limitada. Permaneceu como em 1934: “É vedado ao poder judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”.

O parágrafo único do art. 96 (o qual dispõe sobre o quorum necessário à declaração de inconstitucionalidade de uma lei, pelo Supremo Tribunal Federal), no entanto, é novo e importante para o assunto aqui tratado: sendo declarada a inconstitucionalidade de uma lei, passa a poder o Presidente submetê-la novamente ao Congresso Nacional que, por uma maioria qualificada (dois terços), terá capacidade de derrubar a inconstitucionalidade.

Consagra-se mais uma limitação ao Poder Judiciário: limitado pela incapacidade de atuação em casos concretos nos quais haja motivação política, passa a ter sua competência para avaliar atos abstratos, segundo o que entenda constitucional, potencialmente reduzida pelo Poder Legislativo.

O parágrafo em questão possui, no entanto, um agravante contextual: naquele “Estado Novo”, não há Legislativo constituído. Por

força da mesma Constituição de 1937, concentra, *temporariamente*, o Presidente da República as competências de Executivo e Legislativo. Entre estas, essa de derrubar a declaração de inconstitucionalidade, feita pelo Poder Judiciário, de lei ou ato do executivo federal.

E é com essa estrutura legal que o Supremo Tribunal Federal foi chamado a decidir sobre a inconstitucionalidade da incidência de imposto de renda sobre os vencimentos pagos pelas fazendas públicas estaduais e municipais. Dá o Supremo pela sua inconstitucionalidade. A reação do governo é imediata, em notícia da imprensa carioca:

O Governo não se conforma com essa decisão, que ele entende não consultar o interesse nacional e o princípio da divisão equitativa do ônus do imposto. Há, porém, na Constituição, solução para a dificuldade, a declaração de inconstitucionalidade podendo ser anulada pelo Parlamento. (art. 96, parágrafo). Como o presidente da República, por força do art. 160, detém, por enquanto, em sua plenitude, a competência legislativa da União e os poderes do Parlamento, a ele cabe decidir, em última instância, sobre a arguição de inconstitucionalidade, confirmando o texto de lei impugnado. (Diário Carioca nº 3449, 06/09/1939, p. 7).

E assim o fez: o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade desta lei apenas para ter sua decisão cassada, no Decreto-Lei 1.564, de 5 de setembro de 1939, baseando-se o presidente na conclusão de que aquela decisão não consultava o interesse nacional e o princípio da divisão equitativa do ônus do imposto⁴⁹ (FERREIRA, 2003, p. 113).

⁴⁹ Igualmente, notícia do Correio da Manhã: “O Presidente da República assinou um decreto, confirmando os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos, estaduais e municipais, tendo em consideração que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da incidência do imposto de renda, decretado pela União no uso de sua competência privativa sobre aqueles vencimentos, e que essa decisão judiciária não consulta o interesse nacional e o princípio da divisão equitativa do ônus do imposto. O decreto torna sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer tribunais e juízes que tenham declarado a inconstitucionalidade dos textos referidos” (Correio da Manhã nº 13754, 03/09/1939, p. 2).

À defesa das liberdades individuais, ainda que com pouca margem para atuação, tampouco se aplica o Supremo Tribunal Federal. Passando o período varguista sem outros grandes conflitos com o governo federal:

Não foi deferido nenhum habeas corpus, durante oito anos, que pudesse prejudicar a repressão governamental. Um exemplo: Raul Pedrosa foi preso em dezembro de 1935. Solicitou habeas corpus. Aguardou seis anos. Finalmente, foi-lhe concedido em abril de 1941 (VILLA, 2011, p. 139).

Em suma, o Supremo Tribunal Federal acaba tendo sua competência bastante reduzida durante a presidência de Getúlio Vargas. E, por conveniência e complacência, igualmente não se permite a defesa dos direitos individuais.

Segundo o destaque de casos específicos caros à exclusão da competência do Poder Judiciário de apreciar atos do Executivo, passar-se-á neste ponto às medidas de afastamento daquele Poder durante a ditadura militar brasileira.

2.4 A EXCLUSÃO DO PODER JUDICIÁRIO DURANTE A DITADURA MILITAR

2.4.1 A fundamentação de como o ato institucional se exclui do controle judicial

Alterando-se o período de estudo, aqui se busca expor e analisar as formas pelas quais a ditadura militar, chegada ao poder por golpe em 1964, em mais uma tendência de centralização em um Executivo federal forte, exclui diversos atos por ela perpetrados da apreciação do Poder Judiciário.

O instrumento favorito neste período foi o ato institucional. Trata-se de uma espécie de ato, em direito administrativo, com um viés aproximado ao ato de governo. Com o qual, no entanto, não se confunde.

Segundo o jurista argentino Miguel Santiago Marienhoff, preocupado em estabelecer a diferenciação entre ato de governo e ato institucional, e mesmo em dar uma natureza jurídica a este último, trata-se de uma diferenciação não somente quanto ao objeto do ato, porém quanto a sua motivação:

Todo ato do Poder Executivo, atinente à marcha ou funcionamento comum ordinário da Administração Pública, por princípio será um ato administrativo (...). Os atos que não reúnam ou não respondam a estas características, sendo que tenham por objeto finalidades superiores ou transcendentales para o funcionamento do Estado, em princípio devem conceituar-se como atos de governo ou políticos. O ato de governo ou político transmite uma diretiva de caráter superior, porém sempre dentro do funcionamento normal do Estado (...). Trata-se de uma diferença de feito, de grau, meramente conceitual, não de uma diferença de direito. De outro modo, o ato institucional, já não somente se refere ao funcionamento normal do Estado, como ocorre com o ato político ou de governo. O ato institucional tem ainda maior transcendência: vincula-se a própria organização e subsistência do Estado⁵⁰ (1966, p. 305-6).

É dizer: não se está aqui diante de um ato que, por sua natureza – em termos intrínsecos – tem a sua apreciação excluída do Poder Judicial; está-se diante de um ato que pelas condições presentes na realidade histórica, dispõe sobre matérias que o fazem adquirir um

⁵⁰ Livre tradução de: “*Todo acto del Poder Ejecutivo, atinente a la marcha o funcionamiento común ordinario de la Administración Pública, por principio será un acto administrativo (...). Los actos que no reúnan o no respondan a dichas características, sino que tengan por objeto finalidades superiores o trascendentes para el "funcionamiento" del Estado, en principio deben conceptuarse actos de gobierno o políticos. El acto de gobierno o político trasunta una "directiva" de carácter superior, pero siempre dentro del funcionamiento normal del Estado (...). Se trata de una diferencia de "hecho", de "grado", meramente conceptual, no de una diferencia de derecho (...). En cambio, el acto "institucional" ya no sólo se refiere al "funcionamiento" normal del Estado, como ocurre con el acto político o de gobierno. El acto institucional tiene aun mayor transcendencia: vincúlase a la propia "organización" y "subsistencia" del Estado*”.

conteúdo – julgado pelo poder que o emane – necessário à própria subsistência do Estado.

Segundo o posicionamento desse mesmo renomado – e conservador – jurista argentino, o ato institucional escaparia ao controle do Poder Judiciário, igualmente, porque em sua abstração não se pode alegar sejam direitos subjetivos afetados. O objeto destes atos diz respeito, basicamente, à relação entre os poderes da nação, de modo que não alcançaria, por seus termos, a esfera de direitos individuais de qualquer cidadão-administrado. De tal forma que o ato institucional não pode dar lugar à declaração de inconstitucionalidade, eis que:

Por sua índole não afeta direitos subjetivos dos administrados. Esses últimos direitos somente poderiam se ver afetados, direta e indiretamente, por atos emitidos como consequência dos atos institucionais. O ato institucional não se vincula ou relaciona imediata ou imediatamente com os administrados ou particulares: vincula-se ou se relaciona com os próprios órgãos ou poderes estatais, contemplando principalmente relações entre poderes públicos, sendo por isso que os administrados não podem impugnar o ato institucional: não são parte nesses, carecendo de ação para impugná-lo⁵¹ (Idem, p. 306).

Em suma, segundo Miguel Santiago Marienhoff: enquanto o ato de governo é um ato emanado dentro do funcionamento ordinário das instituições do Estado, ainda que com viés acentuadamente político, o ato institucional é um ato que, por fora, molda o funcionamento destas mesmas instituições, principalmente nas relações entre estas, e diz respeito à organização do Estado; enquanto o ato de governo possui

⁵¹ Livre tradução de: “*El acto institucional, en cambio, no puede dar lugar a la expresada impugnación de inconstitucionalidad, pues, por su índole no afecta derechos subjetivos de los administrados. Estos últimos derechos recién podrían verse afectados, directa e inmediatamente, a raíz de acto emitidos como consecuencia de los mencionados actos "institucionales". El acto institucional no se vincula o relaciona inmediata o directamente con los administrados o particulares; se vincula o relaciona con los propios órganos o poderes estatales, contemplando principalmente relaciones entre poderes públicos, siendo por ello que los administrados no pueden impugnar el acto institucional: no son "parte" en el mismo, careciendo entonces de "acción" para impugnarlo*”.

efeitos concretos, alcançando, potencialmente, a esfera de direitos subjetivos dos cidadãos, o ato institucional é um ato de natureza abstrata, que não possui, em um cidadão-administrado individualizável, capacidade de ferir direitos individuais.

Nestas duas peculiaridades do ato institucional residiria, segundo o autor, incapacidade de seu controle pela atuação do Poder Judiciário.

2.4.2 Os primeiros atos institucionais e a Constituição de 1967

Desde o princípio – sendo o primeiro do dia 9 de abril de 1964 – resolve a ditadura militar fazer-se *legal* através da outorga de atos institucionais. Era uma espécie de ato que, no Brasil, equivalia a “emenda constitucional transitória, editado em caráter e forma excepcional” (MEIRELLES, 1971, p. 185).

Não se deve olvidar que a Constituição brasileira de 1946 ainda se encontrava vigente, e seu artigo 141, parágrafo 4º preconizava: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”, de onde que, juridicamente, somente pode-se conceber fossem os atos institucionais superiores ou equiparados às normas constitucionais.

Ainda que, por sua natureza – se correto o jurista argentino citado anteriormente –, e mesmo pelas condições em que se encontrava a suprimida democracia, fosse evidentemente incapaz o Poder Judiciário de apreciar esses atos, desde o primeiro, em seu art. 10, já estava prevista a exclusão da apreciação do judicial de seus efeitos.

Ao prever a possibilidade de “no interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição”, os “Comandantes-em-Chefe” daquela ditadura, de suspenderem direitos políticos e de cassarem mandatos em todas as esferas, deixa muito claro que está “excluída a apreciação judicial desses atos”.

Enquanto o primeiro Ato Institucional não previa seu caráter insindivível senão reduzidamente em referência a um de seus efeitos, o seguinte, de 27 de outubro de 1965, começa a estabelecer padrões. Possui logo um artigo em que no *caput* se lê: “Ficam excluídos da apreciação judicial”; e, em seus incisos, prossegue a determinar que não são passíveis de controle judicial:

I - os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo federal, com fundamento no Ato Institucional de 9 de abril de

1964, no presente Ato Institucional e nos atos complementares deste;

II - as resoluções das Assembléias Legislativas e Câmara de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos ou Vereadores, a partir de 31 de março de 1964, até a promulgação deste Ato.

Na mesma senda, o Ato Institucional nº 3 de 5 de fevereiro de 1966, vai retirar a possibilidade da apreciação judicial “os atos praticados com fundamento no presente Ato institucional e nos atos complementares dele”.

Daí, entende-se como um corolário lógico, surge uma brecha, ou, melhor, necessidade de atuação do Poder Judiciário: está o ato que se justifica em um ato institucional, efetivamente de acordo com sua previsão normativa? Igualmente, a constituição de 1967 traria:

Art 173 - Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como:

I - pelo Governo federal, com base nos Atos Institucionais nº 1, de 9 de abril de 1964; nº 2, de 27 de outubro de 1965; nº 3, de 5 de fevereiro de 1966; e nº 4, de 6 de dezembro de 1966, e nos Atos Complementares dos mesmos Atos Institucionais;

II - as resoluções das Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos e Vereadores, fundados nos referidos Atos institucionais;

III - os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares referidos no item I;

IV - as correções que, até 27 de outubro de 1965, hajam incidido, em decorrência da desvalorização da moeda e elevação do custo de vida, sobre vencimentos, ajuda de custo e subsídios de componentes de qualquer dos Poderes da República.

A exclusão do controle, textualmente, ainda possui esta característica de exigir que sejam os atos do “Comando Supremo da Revolução” insindicáveis *apenas* se emanados com fundamento nos atos institucionais. Em tese, isto abriria uma capacidade de apreciação do Poder Judiciário: analisar a adequação do ato concreto praticado pelo governo ao ato institucional em que alega se fundamentar. O jurista Pontes de Miranda, em seus comentários à Constituição de 1967, tece conclusões para seja esse o entendimento:

Os atos do governo federal e dos corpos legislativos estaduais e municipais, bem como os atos de natureza legislativa (...), escapam à apreciação judicial se não infringiram o Ato Institucional n.1, ou o n.2, ou o n.3, ou o n.4. O art. 173, I e III, empregou “com base nos Atos Institucionais”, e, no inciso II, “fundadas nos referidos atos institucionais”. Não bastaria que, para os atos do governo federal, das assembleias legislativas e das câmaras de vereadores, se tivesse invocado algum dos atos institucionais: seria preciso que em verdade se tivesse baseado num deles (MIRANDA, 1967, t. VI, p. 406).

Não são poucos os esforços de Pontes de Miranda, nestes comentários, no sentido de reconhecer a sindicabilidade dos atos emanados por aquele governo ditatorial, se não amplamente, ao menos segundo sua adequação normativa. A própria Constituição, no entanto, como se pode ler do artigo supracitado, não requer adequação dos atos emanados pelo “Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964”, dizendo simplesmente que serão seus atos excluídos de apreciação judicial. Aquele pudor dos atos institucionais desaparece no texto constitucional⁵².

No entanto, ainda aí Pontes de Miranda, seguindo em um esforço de controle, vê capacidade de exame por parte do Poder Judiciário, dirá que “O Poder Judiciário pode examinar se o Comando

⁵² Não de todo desapareceria este pudor. De ato em ato excluindo a apreciação de suas medidas da apreciação do Poder Judiciário, a ditadura militar conservou na Constituição um artigo quase como um artigo de museu. Trata-se do Art 150, que, em seu parágrafo 4º, prevê que “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Supremo da Revolução praticou o ato conforme o que se estatuíra para o próprio Comando Supremo da Revolução” (Idem, p. 409).

Não obstante os nobres esforços do grande jurista brasileiro, em plano doutrinário, a atuação do Poder Judiciário naquela ditadura seria novamente – e de forma ainda mais firme – limitada pelo ato institucional que seguiria à Constituição.

2.4.3 Ato Institucional número 5: a prisão como um Ato de Governo

Tendo esbarrado a ditadura no texto de sua própria Constituição⁵³, resolve por determinar a ampliação de seus poderes ainda outra vez. Algo que faz, novamente, segundo aquele instrumento jurídico do qual já vinha dispondo: o ato institucional.

Trata-se do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 – considerado por alguns o golpe dentro do golpe –, que em seu texto permite ao Poder Executivo colocar em recesso o Congresso Nacional, suspende a vitaliciedade, a estabilidade nos cargos públicos – garantias deveras afeitas ao exercício de um Judiciário independente –, entre outros avanços centralizadores no governo federal.

Em seus “considerandos” esse ato institucional deixava mesmo claro aquele choque entre o interesse do governo e o texto constitucional “semioutorgado” (na definição de Marcelo Cerqueira) Constituição de 24 de janeiro de 1967 (1997) por esse mesmo governo:

Considerando, no entanto, que atos nitidamente subversivos, oriundos dos mais distintos setores políticos e culturais, comprovam que os

⁵³ Há quase unanimidade entre os historiadores no sentido de que o Ato Institucional nº 5 é resposta direta a uma decisão da Câmara dos Deputados de impedir, segundo o texto constitucional garantia – e até hoje garante –, a abertura de processo contra um de seus pares. O deputado em questão era Márcio Moreira Alves, que havia feito, por ocasião do sete de setembro, um discurso pedindo boicote ao desfile tradicional. Igualmente, em estratégia curiosa, pedia que as moças se recusassem a namorar “jovens oficiais”. Integra do discurso em <<http://www.marciomoreiraalves.com/discurso2968.htm>>, acesso em 11/06/2013. Sobre o assunto, interessante manifestação: “Os brasileiros novamente deixaram de atender à advertência de D. Pedro I quando instalou a primeira Assembleia Constituinte brasileira e disse que a Constituição deveria ser “digna do Brasil e de mim”, então repetida pelos militares golpistas de que a Carta de 1967 voltava-se contra eles; deles, portanto, não sendo digna (...). A legitimidade estava subsumida à legalidade, e a legalidade era a vontade da ditadura. Retrogradava-se ao Estado pré-constitucional” (CERQUEIRA, 1997, p. 138).

instrumentos jurídicos, que a Revolução vitoriosa outorgou à Nação para a sua defesa, desenvolvimento e bem-estar de seu povo, estão servindo de meios para combatê-la e destruí-la.

Hely Lopes Meirelles, um dos baluartes do Direito Administrativo desenvolvido durante a ditadura militar, em comunicação que fez no interesse de descrever esse ato institucional e delimitar-lhe a aplicação começa por tratar de sua natureza jurídica, descrita por ele no sentido de indicar ser uma emenda constitucional transitória. Faz mais, ao tratar da sua legitimidade, nos termos do discurso oficial, apresenta ser fundamentado na capacidade legisladora de uma “revolução”:

É ato revolucionário, que se legitima a si mesmo, e investe o Presidente da República de poderes extraordinários para governar o País e manter a ordem instituída. Como se trata de Ato de vigência transitória, as Constituições e as normas por ele alteradas se reestabelecerão em sua plenitude quando ocorrer a sua revogação, mas os seus efeitos subsistirão como atos jurídicos perfeitos (MEIRELLES, 1971, p. 186-7)

Trata-se, como já dito, da elaboração jurídica oficial, de que uma revolução vencedora traz consigo legitimidade para elaboração legal. É dessa capacidade originária que adviria, novamente, segundo o discurso que buscava legitimar aquele movimento ditatorial, do poder de elaborar tal ato institucional.

O ponto que aqui se quer destacar, no entanto, de encontro ao exercício mais puro do controle do governo pelos juízes, é a suspensão da garantia de *habeas corpus* nos casos “de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e a economia popular” (Art 10).

A iniciativa é sem igual no constitucionalismo brasileiro, “a garantia do *habeas corpus* foi sempre de tradição do direito brasileiro. Sempre constou de nossas constituições” (MEIRELLES, 1971, p. 193). A mais pura forma de defesa do cidadão contra uma possível opressão do Estado estava suspensa, nos termos do Ato Institucional nº 5.

Pode que se diga que o *habeas corpus* não fora suspenso de todo, e que ainda caberia ao Poder Judiciário determinar se a prisão ou uma ameaça à liberdade era justificável nos termos do AI-5 (fazer a subsunção da medida policial/governamental ao texto do ato). No

entanto, não fora assim o desenrolar. A segurança nacional não adquire uma conceituação objetiva, delimitada, e ao governo cabia dar-lhe, segundo seus termos, o conteúdo. À tal verificação de se adequar, juridicamente, a medida policial ao texto legal tampouco se permite o Poder Judiciário.

A “segurança nacional” passa a se constituir em um todo móvel, não apreendido pelo Poder Judiciário, porém pela Escola Superior de Guerra. A abertura conceitual do que vinha a ser, juridicamente, a segurança nacional, trazida por Hely Lopes Meirelles, coloca a chave da determinação do que se trata por um crime contra esta nas mãos do mesmo governo que efetua a medida. Conforme este administrativista, em comunicação na Escola Superior de Guerra:

Assim é, enfim, em todas as ações ou omissões individuais ou coletivas de repercussão na ordem interna, na paz social, na saúde pública, na economia popular e no bem-estar da comunidade. Ocorrendo perturbação em qualquer desses setores há interesse público no seu restabelecimento, o que justifica e requer o emprego do Poder Nacional através do poder de polícia administrativa ou judiciária como medida assecuratória ou restauradora da normalidade na vida da nação, o que é o objetivo último da segurança nacional. (1972, p. 297).

Ora, crime contra a segurança nacional passa a ser, então, qualquer crime a que se queira, segundo o posicionamento do órgão que elabore a denúncia, dar caráter político. Um roubo pode ser? Desde que se considere contra o “desenvolvimento nacional”, sim! Uma manifestação na imprensa? Claro! O que se pode concluir é que, doutrinariamente, há a construção de um conceito deveras amplo sobre o que seja segurança nacional, o que, quando se suspende a garantia do *habeas corpus* para os crimes que a ataquem, vai acabar por desaguar em um arbítrio do órgão policial ou ministerial, no sentido de encaixar ou não um crime na tipificação de político.

Se era de tal forma alargado o conceito de segurança nacional, ao menos poderia o Poder Judiciário se dignar a efetuar a subsunção da medida policial/governamental à norma (AI-5). Porém não é o que se encontrou. A mera declaração de que estava o paciente preso nos termos do Ato Institucional nº 5 – quando da prestação das informações por

parte da autoridade apontada como coatora – era o bastante para que fosse arquivado o *habeas corpus* sem conhecimento.

O controle a que ainda seria chamado o Poder Judiciário, segundo a racionalização democrática de Pontes de Miranda, torna-se inócuo. Disse esse autor que somente aos atos pretéritos as exclusões se aplicavam, isto desde o princípio não se viu. Mas, ao menos, permitiu-se crer que os magistrados verificariam se a medida estava de fato adequada ao ato institucional. Tampouco.

É assim que o declara Marcelo Cerqueira, em depoimento pessoal:

Quando da edição do AI-5 que suspendera o remédio do *habeas corpus*, o professor Cândido Mendes, diretor da Faculdade onde o autor destas notas lecionava Direito Administrativo, solicitou-lhe que impetresse ordem de *habeas corpus* em favor de um estudante da casa então preso. Embora ponderando a suspensão do remédio pelo Ato, o professor sugeriu que se impetrasse e que o Tribunal decidisse como lhe conviesse. O que foi feito. O relator do pedido no STM naturalmente mandou ouvir a autoridade apontada como coatora que respondeu que o paciente estava efetivamente preso em sua unidade, mas não fazia jus ao *habeas corpus* em função da restrição a ele imposta pelo Ato. O *habeas corpus* foi arquivado, mas descobriu-se sua nova utilidade: identificar a prisão de vítimas do regime. Muitas vidas foram salvas assim (CERQUEIRA, 1997, p. 165).

Embora identificar alguém preso para que se tenha um atestado de prisão, algo para assegurar que não desapareça aquele cidadão detido, fosse bastante significativo nos tempos em que se vivia, a postura das cortes, bastante de acordo com a autolimitação judiciária, em nada além daquilo protegia os direitos individuais em questão.

O que aqui se chega, segundo o caminho lógico percorrido pelo raciocínio acerca do Ato Institucional nº 5, é de que teria este excluído da apreciação judicial a prisão. Porém, não o fez segundo os termos de uma fundamentação na “natureza do ato”, sendo que o ato de deter policialmente alguém jamais poderia ser considerado um ato de governo. O que fez foi permitir às diversas esferas de governo que, ao empreender o ato prisional, determinasse se tratar de um ato de governo,

pois teria sido efetuado segundo os ditames do AI-5. O consequente *habeas corpus*, como visto, seria arquivado sem conhecimento. Foi a realização da prisão como um ato de governo, nos moldes do móvel político da primeira teorização francesa.

3 UM MODO DE USO COERENTE COM A DOUTRINA BRASILEIRA: O ATO DE GOVERNO POSSÍVEL

3.1 A POSIÇÃO DA DOUTRINA BRASILEIRA SOBRE O ATO DE GOVERNO

Neste capítulo, trata-se de situar o debate acerca do ato de governo na contemporânea doutrina brasileira administrativista. Um importante ponto consiste na possibilidade ou não de se destacar a função de administração da função de governo exercida pelo Poder Executivo. Se há uma separação possível, principia aí a possibilidade de se determinar formas diferenciadas do controle de atos que sejam oriundos de uma ou outra função.

Assim é que, para Celso Antônio Bandeira de Mello, a função administrativa volta-se “para a gestão concreta, prática, direta, imediata e, portanto, de certo modo, rotineira dos assuntos da Sociedade, os quais, bem por isto, se acomodam muito confortavelmente dentro de um quadro legal pré-existente”. É dizer: a função administrativa possui subsunção infralegal. Enquanto, de maneira diversa, na função de governo, também exercida pelo Poder Executivo “estão em pauta atos de superior gestão da vida estatal ou de enfrentamento de contingências extremas que pressupõem, acima de tudo, decisões eminentemente políticas” (2000, p. 36-7). De outro modo, a função governamental possui subsunção direta à separação dos poderes constitucionais.

José Cretella Júnior também discorre dentro dessa diferenciação, segundo este autor “governo é a alta direção, a força motriz, e a administração é a atividade subordinada ao impulso proveniente do poder governamental” (CRETELLA JR., 1975, p. 22). Trata-se de um posicionamento com reflexos maiores no nível organizacional, prosseguindo, ele afirma “de modo geral, a administração procura proporcionar ininterruptamente aos cidadãos prestações que eles esperam dos poderes públicos, ao passo que o governo age por opções políticas” (Idem).

A situação da função administrativa como decorrente das construções legislativas que instituem suas possibilidades e limitações, e da função governamental como oriunda diretamente da Constituição, se repete em Maria Sylvia Di Pietro. Para esta autora, “a função política compreende as atividades colegislativas e de direção; e a função administrativa compreende o serviço público, a intervenção, o fomento e a polícia”. Destaca, ainda, a questão da subsunção na função política: “ela abrange atribuições que decorrem diretamente da Constituição e por

esta se regulam; e dizem respeito mais à *polis*, à sociedade, à nação, do que a interesses individuais.” (DI PIETRO, 2010, p. 51).

São diferenciações que, além de estabelecerem um plano referencial – à função administrativa, o texto legal, à função de governo ou política os ditames constitucionais –, atuam dando direções para a legitimidade do exercício de essa ou aquela escolha. Se em jogo estão, como traz a recém citada autora, atribuições que dizem respeito à direção da nação, ou se são aquelas atinentes ao funcionamento cotidiano do serviço público, o controle exercido sobre esta ou aquela função não poderá se dar dentro de uma mesma postura do órgão julgador.

É que “para o desempenho da função administrativa bastam, como pressuposto, as leis, pois administrar é proceder a aplicação cotidiana da lei”, enquanto “para o desempenho da função de governo confere-se ao órgão executivo uma ampla margem de discricão, haurido diretamente da Constituição”. Sem o que, segundo Sérgio Victor Tamer, “o Governo não poderia assegurar a execução desta, em seu sentido e orientação” (TAMER, 2005, p. 164),

Dentro da discussão acerca do ato de governo, efetuar-se uma diferenciação entre função administrativa e função de governo (ou política) dentro das funções do Estado, representadas entre os Poderes constitucionais, é condição imprescindível para o reconhecimento da existência daquela mesma natureza de ato.

Caso a função de governo se esvazie na função administrativa, não se poderá determinar a existência de um ato que seja alheio à subsunção legal requerida ao exercício desta segunda função. Daí decorre o ponto relativo à identificação do ato de governo como uma espécie do ato administrativo, o que merece maior destaque em face de suas implicações práticas e teóricas.

3.1.1 Implicações da consideração do ato de governo como espécie do gênero ato administrativo

Na contemporaneidade, dentro da construção doutrinária administrativista brasileira, os autores que reconhecem a existência do ato de governo, se dividem sobre sua natureza jurídica em dois grupos: o primeiro propugna pela natureza do ato de governo como de uma espécie em que se desdobra o ato administrativo; o segundo defende estar-se diante de um ato oriundo das esferas governamentais com natureza autônoma.

Dentro do primeiro grupo se encontra, por exemplo, José Cretella Júnior, segundo o qual ato de governo não é mais do que uma espécie em que se desdobra o gênero ato administrativo (1992, p. 167). Lúcia Valle Figueiredo, no mesmo sentido, ao descrever a possibilidade de controle desses atos: “Os atos chamados políticos ou de economia interna não se furtam de se curvarem devidamente à Constituição, como atos administrativos que são” (2000, p. 188). Maria Sylvia Di Pietro, no mesmo sentido, ao descrever os atos da administração, traz entre eles o que chama “ato político” aduzindo estar sujeita, esta categoria, “a regime jurídico-constitucional” (2010, p. 190-1).

É uma argumentação que, parece, toma a nomenclatura de ato de governo (ou de ato político) e dá-lhe diretiva bastante diferente de seu significado histórico: ou é um ato administrativo, e sujeita-se, afinal, ao regime jurídico da administração, principalmente ao que tange à sua legalidade estrita; ou se vincula à função de governar, dentro da divisão de poderes exposta na Constituição, e daí possui subsunção ao próprio texto constitucional.

O costume, dentro da doutrina administrativista brasileira, é que se trate do ato de governo dentro da discussão acerca do controle jurisdicional da administração pública e dos atos administrativos. Destarte, não se deve espantar que dentro do mesmo espaço se inserisse este debate.

No momento em que se classifica o ato de governo como uma espécie do gênero ato administrativo, consequentemente se deságua em um raciocínio em que o ato de governo passa a ser controlado de forma plena. O controle é no nível da legalidade – infralegal – e não segundo os ditames que reconhecem a distinção entre os poderes do Estado. O próximo passo deste raciocínio será, justamente, eliminar a categoria do ato de governo como uma categoria válida.

A ideia de um controle da atividade administrativa é, sem dúvida, vitória conseguida a duras penas ante a arbitrariedade, diante da já exposta realidade brasileira. Tal controle é derivado da máxima “A administração só pode aquilo que a lei autoriza”. Invertendo a lógica do controle que paira sobre o indivíduo particular. Para tornar didático, Celso Antônio Bandeira de Mello traz que

a atividade administrativa é uma atividade muito mais assujeitada a um quadro normativo constritor do que a atividade dos particulares. Esta ideia costuma ser sinteticamente expressada através das seguintes averbações: enquanto o particular pode

fazer tudo aquilo que não lhe é proibido, estando em vigor portanto o princípio geral da liberdade, a Administração só pode fazer o que lhe é permitido (2003, p 12-13)

A Constitucionalidade de tal controle é usualmente identificada, pela doutrina brasileira, no inc. XXXV, do art. 5º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Convindo, ainda, destacar que toda atividade administrativa deve ser norteada na busca do Interesse Público, razão pela qual Celso Antônio Bandeira de Mello duvida da expressão “poder discricionário”, devendo-se, em verdade, falar-se de um “dever”, uma vez que a finalidade é tão somente o interesse público. Eis sua explicação:

Como não há outro meio para se atingir esta finalidade, para obter-se o cumprimento deste dever, senão irrogar a alguém certo poder instrumental, ancilar ao cumprimento do dever, surge o poder, como mera decorrência, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever. Mas é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público. Assim, o dever assinalado pela lei, a finalidade nela estampada, propõem-se, para qualquer agente público, como um ímã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico (...) compreendendo-se, então, que o que há é um dever discricionário, antes que um “poder” discricionário (2003, p. 15).

Com o objetivo de se destacar a origem da possibilidade do controle judicial dos atos administrativos através da principiologia, convém que antes se destaque duas modalidades de correntes que buscam pensar o controle da Administração Pública. Trata-se, segundo Odete Medauar, de distingui-las entre a corrente que defende o “Controle Restrito” do Ato Administrativo e aquela que defende o “Controle Amplo”.

Para explicar a primeira, a supracitada autora assevera haver um posicionamento favorável ao que chama “controle restrito do Poder Judiciário”, de uma forma que circunscreveria este controle à esfera da legalidade, ao texto expresso de um instrumento legislativo

(Constituição ou lei). São elencados alguns fundamentos que, em seu texto, “fundamentam comumente essa orientação”:

A separação de poderes vem invocada, para afirmar a impossibilidade institucional de ingerência do Poder Judiciário em atividades típicas do Poder Executivo; assim, o âmbito do Judiciário seria a legalidade em sentido estrito. Alega-se também que os integrantes do Poder Judiciário são desprovidos de mandato eletivo, não tendo legitimidade para apreciar aspectos relativos ao interesse público (1993, p. 172).

No entanto, em contrapartida e consagrada pela Constituição de 1988, viria o “*Controle Amplo*”, tal controle entende, então, que o ato administrativo deve não só se conformar com a estrita observação da forma legal referível, mas estar de acordo com a base moral e política que norteia a própria existência do Estado. Tal base seria configurada pelos princípios da Administração Pública levantados na Constituição brasileira.

É o segundo modelo adotado Constitucionalmente e Jurisprudencialmente no ordenamento brasileiro, ante, a existência de parâmetros fluidos para a adequação da prática administrativa. Nesta senda, a já trabalhada autora afirma:

Com efeito, a Constituição de 1988 está impregnada de um espírito geral de priorização de direitos e garantias ante o Poder Público. Uma das decorrências desse espírito vislumbra-se na indicação de mais parâmetros para a atuação, mesmo discricionária da Administração, tais como o princípio da moralidade e o princípio da impessoalidade. O princípio da publicidade, por sua vez, impõe transparência na atuação administrativa, o que permite maior controle. E a ação popular pode ter como um dos seus fulcros a anulação de ato lesivo à moralidade administrativa, independentemente de considerações referentes à estrita legalidade (Idem, p. 174).

É pois, na ideia de um amplo controle administrativo que se insere o controle principiológico da administração pública, com

consequências próprias referentes ao âmbito do estudo aqui empreendido.

Trata-se, na corrente que defende tal controle, de averiguar a atividade administrativa a uma pretensa vontade contida no texto constitucional, como expressão máxima do espírito de um povo. Neste sentido, Paulo Magalhães da Costa Coelho traz que “os princípios refletem um posicionamento ideológico do Estado e da Nação frente aos diversos valores da humanidade”. De tal forma, presente que o exercício da discricionariedade administrativa “não só não dispensa a administração pública do respeito à principiologia constitucional como ainda a obriga a consagrá-la em todos os seus atos” (2002, p. 52). Desta forma,

toda a atividade administrativa se desenvolve abaixo do ordenamento jurídico que dela exige o cumprimento de certos requisitos formais e outros, ainda, materiais. Não basta que a atividade respeite a regra de competência e se dê pelo devido processo legal formal. É preciso mais do que isso, é preciso que o ato emanado, ainda que de natureza discricionária, esteja em harmonia com os fins e os valores do ordenamento jurídico (COELHO, 2002, p. 50).

Teme-se, no entanto, a abertura que de tal controle possa advir: Quer-se que se esgote o poder político dos representantes eleitos pelo povo? É plenamente verificável, entendemos, que na Constituição Federal de 1988 rugia o eco do recém encerrado governo ditatorial, e sua tendência à exclusão da capacidade de o Poder Judiciário apreciar os atos por este emanado, razão pela qual teriam os constituintes, talvez vislumbrando uma maior estabilidade e independência, erigido o Poder Judiciário como último entendedor dos princípios da nação. É brilhante a intervenção de Eduardo Appio, acerca do controle aqui trabalhado:

A intervenção judicial de natureza principiológica permite uma abertura do sistema jurídico que estabelece uma comunicação direta com a moral e a política, na medida em que a própria Constituição toma para si estes elementos. Contudo, a jurisdição principiológica não pode representar o esvaziamento das prerrogativas inerentes à Administração Pública, sob pena de

substituição da vontade discricionária do administrador pela do juiz (2008, p. 120).

Este autor prossegue, reconhecendo mesmo existir um determinado espaço que deve ser preservado à revisão judicial, haja vista que há uma capacidade “técnica de atuação do Poder Executivo”, bem como uma legitimidade oriunda de “sua representatividade popular”. Ainda que não seja excluída, *a priori* a capacidade de o Poder Judicial interferir em decisões com uma maior carga discricionária “não deve utilizar esta prerrogativa constitucional nos casos em que a opção do administrador está legitimamente ancorada numa margem de liberdade outorgada pelo legislador” (Idem, p. 121).

Em suma, é daí que surge a importância de se situar, juridicamente, o ato de governo *dentro* ou *fora* do espaço delimitado ao ato administrativo. É que a disciplina jurídica de um ato administrativo admite – e requer – um controle muito mais amplo, com um foco principiológico e ampla sindicabilidade ao Poder Judicial do que, se entende, seja garantido ao ato de governo.

É assim que, em posição oposta ao que aqui se vinha delineando – o posicionamento de que o ato de governo se insere como espécie do gênero ato administrativo –, Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta a importância de se destacar o ato de governo do ato administrativo, naquela distinção entre o que sejam a função administrativa e a função judiciária:

Por corresponderem ao exercício de função política e não administrativa, não há interesse em qualificá-los como atos administrativos, já que sua disciplina é peculiar. Inobstante também sejam controláveis pelo Poder Judiciário, são amplamente discricionários, além de serem expedidos em nível imediatamente infraconstitucional e com discricionariedade – ao invés de infralegal –, o que lhes confere fisionomia própria (2010, p. 384).

É dizer: a distinção entre atos de governo e atos administrativos possui especial importância no que se refere ao controle judicial que será exercido diante de uma ou outra caracterização obtida. Um ato administrativo possui referência infralegal, e se adequa ao todo pertinente à administração pública (princípios, etc.), enquanto um ato de governo possui adequação não mais ao todo principiológico, porém uma

limitação mais restrita à violação de direitos individuais, haja vista que não seria exercício da função administrativa, porém da função política ou de governo.

Quando se encaixa o ato de governo dentro da mesma estrutura legal guardada aos atos administrativos, ao invés de tecer comentários acerca do seu reconhecimento, mais sincero seria concluir com Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez: “a doutrina do ato político é hoje inútil; em sua acepção histórica genuína está hoje superada” (1991, p. 501).

O ato de governo, como um conceito limite entre a esfera da política e da juridicidade, somente permanece existente segundo seja respeitado em sua autonomia em relação ao ato administrativo. Caso seja nesse inserido, o corolário será de que é exercício da função administrativa, passando a sofrer amplo controle segundo os ditames gerais e principiológicos nos quais se enquadra a administração pública, sem qualquer especificidade em relação a seu controle.

3.1.2 O raciocínio acerca da perda da característica de ato de governo

Outro ponto com implicações teóricas sensíveis que se manifesta na contemporânea doutrina administrativista brasileira, no que se refere ao ato de governo (ou ato político), é uma elaboração traçada por José Cretella Júnior, com repercussão em diversos outros autores. Ela distingue entre o que seja um ato exclusivamente político e um ato que, ainda que de natureza política, fere direitos individuais. Ao ferir estes direitos, segundo esta teorização, o ato abandonaria sua vocação de ser exclusivamente político.

É assim que, ao comentar o que considera a superação da noção de que os atos de governo são excluídos da apreciação judicial, Maria Sylvia di Pietro traz que tal se deu segundo o entendimento de que, pelo reconhecimento de que o ato político pode em determinados casos, causar lesão a direitos individuais,

resultou uma distinção entre atos exclusivamente políticos e atos quase políticos ou não exclusivamente políticos (que, embora dizendo respeito a interesses superiores do Estado, da nação, da sociedade afetam também direitos individuais); os primeiros não podiam e os

segundos podiam ser submetidos ao poder judiciário (Di Pietro, 2010, p. 749).

Trata-se de uma categorização que não se encontrou na doutrina estrangeira, um ato de governo determinado em matizes de pureza. Um ato de governo que somente o é – segundo a conceituação francesa de que ter essa natureza implica a exclusão da sindicabilidade judicial – na medida em que não fira direitos individuais. Caso o fizer, passará a ser “quase político”. A novidade aqui não diz respeito a capacidade de se controlar um ato de governo que fere direitos individuais, a novidade está na categorização intermediária desse ato.

A teorização parte do raciocínio desenvolvido por José Cretella Júnior, segundo a qual o ato de governo perde sua natureza quando fere direitos individuais. É dizer: há uma caracterização intermediária entre o ato de governo e a exclusão da apreciação judiciária decorrente de seu reconhecimento, referente ao que tenha ele ferido ou não direitos individuais:

O ato de governo ou ato político (...) nem direta nem reflexivamente atingirá os direitos adquiridos, as liberdades públicas, as prerrogativas individuais, expressas em lei, e caso, por inadvertência, por abuso, excesso ou desvio de poder, a providência do governo interfira na esfera circunscrita a tais prerrogativas, estará inquinada de vício patente que a desnatura, tornando-a vulnerável aos remedia juris correspondentes (1992, p. 167).

Há, segundo estes autores, a alteração da categoria de um determinado ato, que pode passar de ato “político puro” a algo como, aparentemente, ato político impuro. É que para esta teoria, um ato político, para que tenha esta “pureza”, é “incapaz de afetar direitos subjetivos e, por conseguinte, imune à ação de segurança”. Caso afete, “deve merecer o mesmo tratamento dos atos administrativos em geral” (FIGUEIREDO, 2000, p. 188).

Ao ato de governo “puro” não se permite que o Poder Judiciário exerça controle, ocorrendo, no entanto, que fira um direito individual, passará a ser um ato controlável, o mesmo ato que se excluiria a apreciação passará a ser submetido a esta “quando a ação do poder governamental, no exercício de suas atribuições constitucionais,

ameaçar ou lesar direitos individuais”(CRETELLA JÚNIOR, 1992, p. 168).

Esta teorização que permite o controle do ato político ou de governo, como dito, não é nova, afinal traz as mesmas fundamentações do pensamento de Rui Barbosa, segundo o qual um ato de governo pode ser judicialmente apreciado segundo fira direitos individuais. O que ocorre, é que isto não faz, para Rui Barbosa, que o ato perca sua característica ou natureza. Em José Cretella Júnior, no entanto, caso fira um direito individual, “neste caso, perde o ato o matiz de exclusivamente político” (1992, p. 168-9).

As implicações deste raciocínio ocorrem na medida do controle que se poderá exercer sobre o ato de governo.

Um ato de governo – segundo o pensamento dos que o reconhecem, no entanto reconhecem-lhe limites –, caso seja questionado perante o Poder Judiciário e aí seja reconhecido ter cometido infração de algum direito subjetivo, não poderá, ainda assim, receber sobre ele a mesma dose dirigista em sua correção quanto um ato administrativo submetido ao mesmo Poder nas mesmas condições. Afinal, está-se aí segundo aquelas

Caso, no entanto, um ato claramente político seja levado perante o Poder Judiciário por ter violado direitos dos cidadãos, e aí seja reconhecido que, o tendo feito, passa a perder sua natureza política para se sujeitar ao controle – e ao todo normativo – a que se submeteria um ato administrativo, então perder-se-ia, aí, uma grande parte da capacidade governamental constitucionalmente assegurada ao Poder Executivo.

Trata-se, assim, de uma teorização que inova na apreciação judicial dos atos de governo, na medida em que, caso seja aplicada pelos tribunais, determina uma forma de julgamento bastante diversa de um mesmo ato de governo.

3.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITES AO ATO DE GOVERNO

Em um ponto a doutrina brasileira – entre os que declaram o ato de governo como feição do ato administrativo, entre os que o indicam como separáveis entre “puros” e “impuros”, etc. – é unânime: no reconhecimento, nos moldes do pensamento de Rui Barbosa, de que a exclusão da apreciação do ato de governo pelo Poder Judiciário tem seu limite nos direitos subjetivos dos cidadãos.

Para essa doutrina, sempre que houver violação dos direitos subjetivos de um cidadão, desaparece a insindicalidade presente na conceituação dos atos de governo. O ponto principal desta construção teórica é a prevalência dos direitos individuais sobre o exercício pelos poderes da função de governo. Neste olhar, o ato de governo – se com ele, em uma teoria francesa, caminha a insindicalidade – é sempre condicionado a não-violação dos direitos dos cidadãos.

Assim, segundo José dos Santos Carvalho Filho, ao descrever a “especificidade do controle” do ato de governo, assevera que “o Judiciário não pode exercer seu controle sobre os critérios governamentais que conduzem à edição” destes. “Não obstante”, prossegue, “a doutrina já se pacificou no sentido de que mesmo tais atos são sujeitos a controle pelo Judiciário quando ofendem direitos individuais ou coletivos, por estarem eivados de algum vício de legalidade ou constitucionalidade” (2009, p. 969).

Também Odete Medauar, ao descrever a capacidade de o Poder Judiciário controlar atos de governo que tenham ferido direitos. É que, segundo esta autora, há incidência do inc. XXXV do art 5º da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, “firmou-se no direito pátrio a orientação no sentido de admissibilidade da apreciação jurisdicional do ato de governo se deste decorrer lesão ou ameaça a direito” (1998, p. 165).

A adoção de uma teoria acerca das limitações do ato de governo, na esfera de alcance de seu conteúdo é, entende-se, a única condizente com o sistema de garantia dos direitos fundamentais levantado pela Constituição Federal de 1988. Afinal, é necessário dizer, conjuntamente a Ingo Wolfgang Sarlet, que “os direitos fundamentais estão vivenciando o seu melhor momento na história do constitucionalismo pátrio, ao menos no que diz com seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva interna” (2003, p. 76). Há ali um rol bastante robusto de direitos fundamentais, o qual se torna basilar para o desenvolvimento e raciocínio do Estado brasileiro. Ainda segundo este autor, também assume destaque “a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição” o que traz consigo a noção de que estes “constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica” (p. 73).

Dessarte, qualquer teoria que se pretenda constitucional, principalmente se fundada no próprio texto da carta, quando referente à separação dos poderes segundo as funções que exerçam, deve necessariamente adotar como abalizadores os direitos fundamentais.

Não só aqueles ditos de primeira geração ou dimensão, mas também os direitos sociais, afinal:

A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social (SARLET, 2003, p. 73).

Quanto ao título deste ponto – os direitos fundamentais como limites ao ato de governo – é importante que se desenvolva uma teorização central: ao invés de opostos à função de governo, os direitos fundamentais são pressupostos do exercício da atividade governamental. Não há limites como contraposição, mas como pressuposto da legitimidade de seu exercício.

José Afonso da Silva traz interessante argumentação neste sentido, negando a existência de oposição entre esfera pública e privada, porém a comentando segundo o desenvolvimento supra:

A expressão direitos fundamentais do homem (...) não significa espera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação ao Estado ou autolimitação deste, mas limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem (SILVA, 2002, grifo no original).

Trazendo ao assunto deste trabalho – dentro da separação proposta no ponto anterior deste capítulo entre função administrativa e função governamental, segundo a qual é possível uma diferenciação entre ato administrativo e ato de governo –, torna-se possível alcançar uma conclusão acerca da necessária limitação do alcance do ato de governo pelos direitos fundamentais: como os direitos fundamentais compõe-se do mesmo substrato que a função de governo, qual seja, a soberania popular e sua relação com os poderes constituídos do Estado, não pode esta atacar aquela, como não pode o fundamento atacar a construção.

É dizer, quando o Poder Judiciário é chamado a interferir no conteúdo de um ato de governo, ele não poderá atuar senão no sentido

da garantia dos direitos fundamentais – fundamentos que são do Estado constitucional –, porque assim restitui o ordenamento jurídico e a soberania popular por ele sustentada. Não significa, assim:

que o julgador se limite a substituir o sentido do legislador pelo seu móvel pessoal. Significa, sim, que ele haverá de interpretar a norma de acordo com a Constituição e seus princípios, implícitos e também explícitos, buscando assegurar, no maior grau possível, a proteção dos direitos afetados (CADEMARTORI, 2003, p. 170).

Deve o Poder Judiciário quando chamado, então, seguir segundo esta diretiva, a de cumprir com o máximo rigor a concretização dos direitos fundamentais. É possível dizer que somente assim se fundamenta sua intervenção no exercício governamental da atividade constitucionalmente outorgada ao Poder Executivo: quando intervém para conservar intacta a mesma constituição.

Somente assim, então, “a defesa clássica do *judicial review*”, baseada na noção de “que este não implicaria na superioridade dos juízes em relação aos legisladores, mas na superioridade do desejo do povo – plasmado na Constituição – sobre ambos”, encontraria sua sustentabilidade. Afinal, a afirmativa presente naquela defesa “só é verdadeira se o *judicial review* se restringir à interpretação ou à determinação da intenção do povo prevista na Constituição”, não podendo, assim, “o juiz legislar ou defender seus próprios anseios” (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 69).

De outra parte, neste mesmo tópico, o limite de atuação governamental – no sentido do que seja um ato político ou de governo legítimo – é fixado pela existência de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Se é defendida a esfera do governo como fruto do texto constitucional, segundo os doutrinadores que trazem a atividade governamental como sendo oriunda diretamente da Constituição Federal e colocada justamente abaixo dela, não aos textos legais, é neste texto que se encontram seus limites.

E, a atuação do Poder Judiciário, é dessa mesma Constituição Federal que emanam seus poderes, permanecendo a esta vinculados. Sendo possível, mesmo, falar-se em um espaço de atuação desse Poder, o que é ponto importante para o raciocínio acerca da apreciação judicial dos Atos de Governo. Sobre este espaço, em Luiz Henrique Cademartori se encontra raciocínio basilar para tal conclusão:

Quanto ao espaço ao qual deve se limitar a atuação judicial, deve ficar claro que o submetimento do julgador ao Direito, no Estado Constitucional, apresenta um caráter duplo: ao Direito como tal e ao sentido constitucional do ordenamento que obriga a interpretação do primeiro no sentido mais favorável aos direitos fundamentais dos cidadãos. Esta é a sua única função institucional, sendo que qualquer outra está, a priori, desautorizada e deslegitimada em grau intolerável pelo ordenamento estatal (2003, p. 171).

É dizer, então, como já foi dito: não poderá, em hipótese alguma, atuar o Poder Judiciário substituindo a opção efetuada por outro Poder – mormente o Executivo – por aquela que seja de sua mera vontade. Deve, isto sim, pois é seu fundamento constitucional, atuar segundo a realização das normas no sentido mais favorável aos direitos fundamentais dos cidadãos em questões levadas à sua apreciação.

3.3 ATO DE GOVERNO, MODO DE USO: O VOTO DO MINISTRO JOAQUIM BARBOSA NO CASO CESARE BATTISTI

Trata-se, neste ponto, de analisar uma manifestação do Supremo Tribunal Federal num caso chave, em que o debate sobre a existência ou não de limites – quanto a determinados atos em sua natureza – à atuação do Poder Judiciário ocupou espaço importante no debate político-jurídico brasileiro.

O caso em questão é o de um pedido de extradição efetuado pelo governo da Itália contra o cidadão italiano Cesare Battisti, condenado naquele país pela prática de homicídios.

Como método, ao invés da análise de caso, em que se buscaria entrar no âmago da matéria, discutindo o próprio instituto em debate – a extradição – e os instrumentos legais manejados em uma ou outra argumentação, busca-se, aqui, desenvolver uma leitura acerca de uma forma de interpretação da figura do Ato de Governo, manifestada no voto do ministro Joaquim Barbosa, e que acabou por compor o raciocínio da maioria daquele Supremo Tribunal.

Explique-se: o ministro Joaquim Barbosa, no voto que se analisará, não faz menção expressa ao manejo do instituto objeto deste trabalho, porém seu raciocínio é desenvolvido de forma condizente com

o que aqui se tem trazido: há o reconhecimento de que um determinado ato – a extradição – possui subsunção apenas constitucional; há o reconhecimento de que é da competência do executivo; para, então, reconhecer-se que naquele espaço o Poder Judiciário não atua senão para resguardar o respeito aos direitos fundamentais possivelmente violados.

No entanto, a conclusão de seu voto é especialmente, no que tange ao interesse deste trabalho, condizente com o reconhecimento da existência de uma esfera passível de ser assim nomeada: ato de governo.

3.3.1 Um ato de governo em pauta: o contexto da Ext. 1.085

Convém que se principie por uma breve narração histórica do caso. Entre os anos de 1960 e 1980, a Itália viveu momentos de tensão política e sequências de atentados políticos. Cesare Battisti, objeto do pedido de extradição em questão, foi um membro de um grupo político da esquerda durante este período, segundo seu relato, entre os anos de 1976 e 1978⁵⁴.

Em decorrência da série de atentados, diversos membros de grupos de esquerda naquele período foram detidos e formalmente acusados, sendo que Cesare Battisti, neste primeiro momento, fora processado e condenado pelos delitos de “participação em associação subversiva” e “aquisição e posse ilegais de armas”. Como estes delitos no momento tinham sua pena multiplicada por três, se cometidos em atividade contra o Estado, dentro da legislação de repressão ao período, fora condenado inicialmente a 13 anos de reclusão, pena que seria levemente reduzida para 12 anos e 10 meses em sede de apelação.

Cesare Battisti, destarte, começou o cumprimento de sua pena em um presídio de segurança leve, destinada de maneira própria a delitos de natureza política nos quais não houvesse a figura da violência. Uma das razões pela qual, então, encontrou facilidade ao evadir-se em 1981, primeiro para o México e em seguida para a França, onde fora beneficiado pela doutrina Mitterrand, que se comprometia a abrigar sob

⁵⁴ As referências históricas deste capítulo são encontradas na defesa do extraditando, tecida por Luis Roberto Barroso *et al.*, e nas manifestações de Celso Antônio Bandeira de Mello, José Afonso da Silva e Paulo Bonavides, todas contrárias a extradição de Cesare Battisti, que podem ser visitadas cronologicamente organizadas no sítio de comentários políticos <www.migalhas.com.br>, acesso em maio de 2013.

o Estado francês ex-ativistas políticos que tivessem abandonado a postura de combatentes.

Após a fixação na França, em 1982, um dos líderes do grupo Proletários Armados pelo Comunismo, do qual Cesare Battisti era membro, Pietro Mutti, passa, mediante beneficiamento de uma lei que favorecia as delações premiadas, chamada de “Lei dos Arrependidos”, a nomear Battisti como autor dos assassinatos do qual seu grupo era acusado, quatro ao todo. O que comina na reabertura do processo do ex-membro e em sua revisão, para que então fosse condenado à prisão perpétua, com seis meses de privação de sol, enquanto Mutti, embora também acusado dos homicídios, acaba, sob os efeitos do prêmio, com pena de nove anos de prisão.

Nesta reabertura, Cesare Battisti já se encontrava instalado na França, tendo sido julgado ausente.

Com base nesta nova sentença, a Itália requereu a extradição, em 1991, o que foi negado por decisão da Corte de Apelação de Paris, refletindo o momento político vivenciado por ambos os países. E muito embora a decisão da justiça francesa tivesse fundamento processual – o mandado de prisão apresentado referia-se a uma decisão que fora substituída, devendo ser substituído igualmente – o governo italiano não reapresenta o pedido naquele momento.

Somente em 2003, doze anos após a última manifestação judicial francesa sobre o caso, o pedido é, então – agora a França sob a presidência de Jacques Chirac –, reapresentado, corrigido o erro de formalidade apresentado em 1991. A extradição, então, em 2005, é autorizada pelo Conselho de Estado francês.

Ainda em setembro de 2004, Cesare Battisti evade-se, agora para o Brasil, antecipando-se à extradição por parte do governo francês. País em que passa a residir, tendo sido preso preventivamente, para fins de extradição, em 18 de março de 2007, sendo que em 24 de abril do mesmo ano o pedido foi formalizado pelo governo italiano.

Cesare Battisti, então, requer refúgio ao Estado brasileiro por meio do CONARE – Comitê Nacional para Refugiados. Sendo que em fins de 2008 seu pedido foi indeferido, pela decisão colegiada de três votos a dois. Em sede de recurso ao Ministro da Justiça, então, seu pedido é deferido com, entre outros, a justificativa de fundado temor de perseguição política.

Não aceitando a decisão do Ministro da Justiça brasileiro, e após ampla comoção dos setores políticos italianos, o governo italiano propõe um mandado de segurança contra o ato de concessão do refúgio, pois que o considera ilegal por desprestigiar o tratado de extradição

Brasil-Itália, e reafirma a necessidade de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ext. 1.085, haja vista haver o entendimento de que a concessão do refúgio obsta os pedidos de extradição⁵⁵.

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal encontra-se com: um pedido de extradição fundamentado em sentença condenatória, perpétua, no país requerente, por um crime que este país, em seu pedido, classifica como comum; o questionamento, por um Estado estrangeiro, do deferimento pelo Ministro da Justiça do *status* de refugiado, o que obstaria o pedido de extradição.

Dentre os fundamentos da defesa do extraditando, dois eixos: um deles buscando desqualificar acusação e julgamentos contra Cesare Battisti, pelos fundamentos de que baseados em delação premiada de corréu, Estado de exceção, legislação de urgência e por se tratar de perseguição política; e outro, principal para este trabalho, de que o ato de concessão de refúgio compõe a soberania do Estado brasileiro em suas relações internacionais, portanto da alçada do Poder Executivo e, em determinadas condições, impossíveis de serem questionados ou alterados pelo Poder Judiciário⁵⁶.

3.3.2 O Voto

Iniciado o julgamento, o primeiro ponto a ser esclarecido foi sobre a possibilidade de apreciação do mandado de segurança proposto pelo governo da Itália para a anulação da concessão de refúgio político a Cesare Battisti.

Mais do que isso, não versa o primeiro debate somente sobre a possibilidade de apreciação do mandado de segurança, porém sobre sua imprescindibilidade para a decisão acerca do pedido de extradição. É

⁵⁵ Art. 33 Lei 9474/97: “O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio”.

⁵⁶ Luis Roberto Barroso, principal figura na defesa do extraditando, comenta em artigo publicado no sítio Conjur: “As pessoas já tinham a sua opinião formada e nós não tínhamos espaço na imprensa para reconstruir a imagem do Cesare”, segundo o artigo, o êxito se deveu “à mudança de foco da defesa no curso do processo. Quando Barroso sentiu que não seria capaz de mudar a percepção pública sobre Battisti, partiu para a batalha em torno da autonomia do chefe de Estado para conduzir suas relações internacionais” <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-10/barroso-advogado-garantiu-liberdade-cesare-battisti>> acesso em maio de 2013.

que uma parte do plenário julgava necessária a avaliação da legalidade da concessão do *status* de refugiado como prejudicial ao pedido.

Desde este primeiro ponto, diverge o pleno do Supremo Tribunal Federal. Parte dele entende ser necessária a apreciação primeira da validade do ato de concessão de refúgio pelo Ministro da Justiça. Sustenta que o ato é, até questionamento judicial em contrário, válido, o que torna prejudicado o pedido de extradição. E o faz, principalmente, nos termos do já decidido na Ext. 1.008⁵⁷, em que a partir da existência da concessão de refugiado julgou-se inviável a concessão extraditória. Destarte, a apreciação do Mandado de Segurança proposto pelo governo

⁵⁷ A ementa do acórdão trazido sempre a lume por aqueles que defendem a prejudicialidade do pedido de extradição em face da condição de refugiado concedida pelo Ministro da Justiça é: EXTRADIÇÃO: COLÔMBIA: CRIMES RELACIONADOS À PARTICIPAÇÃO DO EXTRADITANDO - ENTÃO SACERDOTE DA IGREJA CATÓLICA - EM AÇÃO MILITAR DAS FORÇAS ARMADAS REVOLUCIONÁRIAS DA COLÔMBIA (FARC). QUESTÃO DE ORDEM. RECONHECIMENTO DO STATUS DE REFUGIADO DO EXTRADITANDO, POR DECISÃO DO COMITÊ NACIONAL PARA REFUGIADOS - CONARE: PERTINÊNCIA TEMÁTICA ENTRE A MOTIVAÇÃO DO DEFERIMENTO DO REFÚGIO E O OBJETO DO PEDIDO DE EXTRADIÇÃO: APLICAÇÃO DA LEI 9.474/97, ART. 33 (ESTATUTO DO REFUGIADO), CUJA CONSTITUCIONALIDADE É RECONHECIDA: AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. 1. De acordo com o art. 33 da L. 9474/97, o reconhecimento administrativo da condição de refugiado, enquanto dure, é elisiva, por definição, da extradição que tenha implicações com os motivos do seu deferimento. 2. É válida a lei que reserva ao Poder Executivo - a quem incumbe, por atribuição constitucional, a competência para tomar decisões que tenham reflexos no plano das relações internacionais do Estado - o poder privativo de conceder asilo ou refúgio. 3. A circunstância de o prejuízo do processo advir de ato de um outro Poder - desde que compreendido na esfera de sua competência - não significa invasão da área do Poder Judiciário.

4. Pedido de extradição não conhecido, extinto o processo, sem julgamento do mérito e determinada a soltura do extraditando. 5. Caso em que de qualquer sorte, incidiria a proibição constitucional da extradição por crime político, na qual se compreende a prática de eventuais crimes contra a pessoa ou contra o patrimônio no contexto de um fato de rebelião de motivação política (Ext. 493) (disponível em <www.stf.jus.br> - Ext. 1.008)

italiano é imprescindível para a posterior análise – ou prejudicialidade – do pedido de extradição.

A maioria, no entanto, entende que o pedido de extradição traz consigo o condão de determinar a validade ou invalidade dos atos que possam ser a ela obstáculo. Acaba, assim, que se aprecia o ato de concessão de refúgio como uma preliminar daquele pedido com o objeto de extraditar, como um objeto amplo em que os outros estariam contemplados. Ficaram vencidos os ministros Carmen Lúcia, Eros Grau, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio⁵⁸.

Passam, então, os ministros a proferirem seus votos, segundo a denegação ou não do pedido de extradição, análise na qual devem passar a inserir aquela da legalidade da concessão do refúgio: se agiu ou não o Ministro da Justiça nos termos da legislação aplicável à matéria, a partir do voto do relator, Cezar Pelluso, no sentido de concessão da extradição.

3.3.2.1 A natureza do controle exercido pelo Poder Judiciário em atos de governo.

O voto de Joaquim Barbosa, que aqui se quer explicitar e debater, segundo o modo de aplicação que dá a uma questão política levada a sua apreciação no Supremo Tribunal Federal, será, para fins expositivos, dividido em dois pontos que se destacam caros à interpretação judicial de um ato de governo: a natureza do controle judicial exercido em tais casos; e a definição da origem constitucional da função de governo.

É por aí que principia o voto de Joaquim Barbosa, em termos próprios, afirma: “a natureza do controle exercido por esta corte constitui, a meu sentir, o cerne da controvérsia a ser solucionada nesta assentada, e constitui elemento decisivo para a conclusão do meu voto” (p. 220)⁵⁹. É dizer: em que medida e balizados em que princípios deve-se conceber a intervenção judicial naquele caso.

Prossegue o Ministro discorrendo sobre a função delimitada ao Poder Judiciário no processo de extradição, sublinhando que em outros

⁵⁸ Serão os mesmos que, na continuação do julgado, votaram pela higidez do ato de concessão de refúgio.

⁵⁹ O inteiro teor do acórdão, com os votos de todos os ministros, acrescido dos debates, encontra-se disponível em <www.stf.jus.br>, pesquisa por Ext. 1.085. A paginação que aqui se traz se refere à localização do trecho dentro do inteiro teor disponível.

países a apreciação do ato é efetuada por autoridades apenas administrativas, ou mesmo pelas instâncias iniciais da magistratura. Se no ordenamento jurídico brasileiro esta atividade é efetuada pela mais alta corte do país, era algo que era definido para garantir segurança ao objeto da extradição. Em outras palavras, busca-se impedir que a extradição fosse *concedida* por um Poder Executivo atuando em desrespeito aos direitos fundamentais do extraditando. Em suas palavras:

A primeira conclusão a que se chega, portanto, é de que o sistema brasileiro de extradição é extremamente protetor. Protetor porque não permite a extradição sem o aval do Poder Judiciário. Mas essa proteção se efetua em prol da pessoa cuja extradição é pedida ao governo brasileiro, é claro (p. 221-2).

A conclusão do Ministro é acerca do procedimento de extradição. No entanto, facilmente se vai do particular para a generalização da regra a cerca do controle do ato de governo, afinal, segundo o já citado Rui Barbosa:

o arbítrio, administrativo, ou legislativo, onde a Constituição o autoriza, o arbítrio de cada função política no círculo de si mesma, tem sempre o seu termo nos direitos individuais ou coletivos, que a própria Constituição garante (2004, p. 114).

Como já visto, tal é a posição dominante brasileira acerca da apreciação ou não dos atos de governo: ela deve ocorrer, desde que maculados direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, na senda daquilo lecionado por Rui Barbosa. Assim é que parte o primeiro ponto aqui destacado do voto de Joaquim Barbosa, recorrendo sobre natureza do controle judicial na extradição: “todo esse excesso de zelo brasileiro, que vem de longa data, foi concebido com um propósito único: proporcionar garantias legais seguras à pessoa objeto do pedido de extradição” (p. 222).

Sua interpretação deste papel prossegue, sempre no reconhecimento inicial de que a relação internacional do Brasil é efetuada pelo Poder Executivo, razão pela qual o Poder Judiciário não interfere senão, na perfeita interpretação da figura do ato de governo, para garantir direitos fundamentais.

Em suma: o Poder Judiciário não há nada a defender em matéria política, não há nada a defender em matéria de relação internacional, prosseguindo no voto:

Qual seria, então, o sentido da intervenção do Judiciário no processo de extradição, já que em realidade se cuida de um mecanismo de cooperação entre dois Estados? A intervenção do Judiciário se dá para fins de controle da legalidade de todo o procedimento (p. 222).

Cabe ao Supremo Tribunal Federal, no exercício do julgamento de um pedido de extradição, efetuar uma análise da legitimidade da pretensão de extraditar, segundo o qual a pretensão não esteja prescrita, segundo o qual a pena a ser cumprida no país requerente não seja contrária aos direitos humanos conforme reconhecidos no Brasil, em suma, segundo o qual haja compatibilidade entre a pretensão punitiva do Estado autor e a ordem jurídica brasileira.

Não há, isto é, interesse do Poder Judiciário na determinação da entrega do cidadão estrangeiro ao país autor do pedido. Daí que uma discussão pronta no debate acerca da Extradição 1.085 foi, antes de mais nada, terminológica: o Poder Judiciário *autoriza* ou *determina* a entrega ao governo requerente?

Segundo o voto aqui em análise, trata-se de autorização, jamais de determinação. É dizer: pode, segundo o julgamento de que não haja qualquer desrespeito aos direitos fundamentais, o Poder Executivo extraditar, no exercício das relações internacionais, o objeto do pedido. Em uma construção frasal repetida no plenário: se não, não, se sim, talvez.

O Poder Judiciário teria, segundo o entendimento de Joaquim Barbosa, a última palavra no caso de denegação do pedido extraditório, porém a penúltima no caso de reconhecida a legitimidade deste mesmo pedido. A entrega do cidadão estrangeiro, afinal, só é efetuada pelo Poder Executivo.

É que o olhar constitucional acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da extradição é, segundo Joaquim Barbosa, o da proteção ao extraditando, não o da garantia da pretensão punitiva:

Não é por outra razão, aliás, que o tema extradição é tratado precisamente no capítulo dos direitos fundamentais de nossa Constituição. A

Constituição trata da questão, portanto, com um olhar protetor e não persecutório. (p. 223).

E aí é se encontra o nó que torna possível a relação que aqui se propõe entre a teoria que se veio desenvolvendo sobre ato de governo – e seu reconhecimento pela doutrina brasileira – e o julgamento em questão do Supremo Tribunal Federal: trata-se de um modelo que pode servir de norte à atuação do Poder Judiciário nos casos em que o ato questionado se insira na função de governo. O julgamento, nestes casos, deve se dar – na tese aqui advogada, segundo uma perspectiva negativa, de limitação do alcance do ato de governo – balizado pelo encontro dos direitos fundamentais envolvidos no caso.

Em um ato tal que não haja violação alguma de um direito fundamental – antes a negativa a fazê-lo – passam, logicamente, os magistrados a não possuir juízo a efetuar.

3.3.2.2 Um ato de governo tem – e somente o é por ter – fundamento na separação constitucional de poderes

O segundo ponto que aqui se quis destacar do voto do ministro Joaquim Barbosa, é sobre o reconhecimento da estrutura fundamental de um ato de governo: a sua fundamentação *diretamente* constitucional. Um ato de governo não possui derivação legal como um ato administrativo, porém origina-se na distribuição dos poderes do Estado presente na Constituição Federal.

E é daí que amplia sua, se for possível dizer-se, discricionariedade⁶⁰. É que aquela estrutura que diz respeito ao direito administrativo não se aplica aqui. A principiologia ou a vinculação estrita a própria legalidade não se podem utilizar como referenciais em uma apreciação do ato de governo. O respeito à separação de poderes, no entanto – diferentemente da verificação de um ato administrativo, em que é subsidiário –, torna-se elemento primordial quanto se procede a tal análise.

⁶⁰ Talvez o termo discricionariedade não seja adequado para definir a margem de escolha presente em um ato de governo, tão imbricado que está com a classificação a respeito dos atos administrativos. No primeiro capítulo, a respeito das implicações da adoção da teoria francesa do ato de governo, o assunto é especialmente debatido.

Dai que, em seu voto, Joaquim Barbosa discorre também, como elemento importantíssimo de sua conclusão, acerca de questões referentes à separação de poderes envolvidas no caso. Em suas palavras:

A extradição, como todos sabemos, inscreve-se no rol de atos e procedimentos que formam as relações internacionais de um dado país. Matéria, portanto, indiscutivelmente da alçada do Poder Executivo. Não é o Supremo Tribunal Federal quem concede a extradição, mas sim o Presidente da República, a quem cabe a palavra final em matéria de relações internacionais (p. 224).

É daí, então, que deriva o raciocínio que ao Poder Judiciário não cabe senão a proteção dos direitos fundamentais. A entrega de um cidadão estrangeiro a seu país ou a outro, para que cumpra pena, se insere no rol de poderes do exercício das relações internacionais. É, portanto, primordialmente de competência do Poder Executivo.

Ao Supremo Tribunal Federal, neste tipo de caso, cumpre assim – e somente – aquela função constitucional já trazida por Luiz Henrique Urquhart Cademartori, preconizada pelo duplo submetimento do julgador ao Direito, em um Estado constitucional, segundo o qual o ordenamento obriga ao julgador que o interprete “no sentido mais favorável aos direitos fundamentais do cidadão” (2003, p. 171). Sendo esta a função institucional do Poder Judiciário.

Mais do que respeitar a separação constitucional dos poderes, atuar o Poder Judiciário no sentido protetivo, então, é respeitar a sua própria função institucional dentro do Estado de direito. A função de defesa dos direitos fundamentais e a do respeito à separação dos poderes, assim, são construtoras de uma mesma conclusão, segundo a qual tanto a função constitucional do Poder Judiciário é garantir os direitos fundamentais, em sua maior aplicação, quanto praticar as relações internacionais é competência do Poder Executivo.

Os ministros que, em seus votos, trouxeram ao centro de suas conclusões os crimes pelos quais Cesare Battisti fora condenado na Itália, então, atuaram, segundo a interpretação de Joaquim Barbosa, fora da função definida constitucionalmente ao Poder Judiciário: “ao Supremo Tribunal Federal não cabe avaliar a gravidade do crime eventualmente praticado pelo extraditando, nem mesmo se ele efetivamente o praticou”. (p. 224). Votaram no sentido de assegurar a pretensão punitiva do Estado estrangeiro, ao invés de dentro de sua

função institucional – de garantir direitos fundamentais – ou do respeito à distribuição constitucional dos poderes – ao Poder Executivo cabe a relação entre o Brasil e as demais nações⁶¹.

O voto de Joaquim Barbosa trata de reconhecer, evidentemente, ao Poder Executivo o exercício da soberania nas relações internacionais. Em suma:

De acordo com o sistema extradicional brasileiro, o Presidente da República não pode proceder à extradição de uma pessoa sem a chancela jurídica desta corte. Mas o Chefe de Estado pode, não obstante a decisão favorável deste Tribunal, simplesmente decidir não extraditar o estrangeiro procurado por outro país. Pode até mesmo deixar de submeter o pedido a esta corte, como efetivamente já ocorreu no caso Stroessner. Tudo isso, senhores ministros, é expressão da soberania do Estado, princípio fundamental à disciplina das relações internacionais entre os Estados soberanos. (p. 225)⁶².

O pressuposto lógico de limitar a possibilidade do Poder Judiciário de *determinar* a entrega do estrangeiro objeto do pedido de extradição é, então, que este Poder “não tem prerrogativas próprias a defender em matéria extradicional” (p. 226). Ele atua segundo a sua função institucional, que é a de garantir o cumprimento dos direitos fundamentais reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro. Não poderá, assim, obrigar que o Poder Executivo entregue o estrangeiro:

Não poderá por dois motivos essenciais. Em primeiro lugar, porque não tem competência para tanto. Em segundo lugar, porque, como já disse, a intervenção do Tribunal no processo de extradição se dá em benefício do extraditante. É uma garantia a ele outorgada pelo nosso ordenamento jurídico (226).

⁶¹ A menos que suas conclusões fossem no sentido de *autorizar* a extradição, ao invés de, como foram, *determinar*.

⁶² O caso de Alfredo Stroessner vem com frequência ao debate público sobre a concessão de refúgio a Cesare Battisti. Frequentemente sendo apontadas incoerência entre o posicionamento dos mesmo atores sociais num ou n'outro caso.

E o motivo pelo qual não possui competência para determinar a extradição – tão somente, frise-se, para autorizar, no sentido do voto aqui em tela – é a de estarem as relações internacionais, nas quais se insere a competência de extraditar, constitucionalmente outorgadas ao Poder Executivo:

Extradição é mecanismo inerente às relações internacionais travadas entre Estados soberanos. A competência primária para dela tratar é dos órgãos do Poder Executivo. Nesse campo, aliás, a Constituição brasileira é eloquente ao estabelecer, no seu artigo 84, inciso VII, que cabe ao Presidente da República, “manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos”. Inserido nesse rol de competências executivas também se encontra o poder que detém o chefe de Estado de firmar tratados com outros países, inclusive em matéria de extradição (p. 228).

O fato de que, no ordenamento jurídico brasileiro, o pedido de extradição formulado por Estado estrangeiro se processe mediante o Supremo Tribunal Federal não autoriza a este, assim, formulação de posição acerca da demanda, ainda que seja ele o mais elevado grau do Poder Judiciário. Este elevadíssimo grau faz significar, somente, que o texto constitucional busca assegurar elevadas proteções aos direitos fundamentais potencialmente violados, afinal, a capacidade “de intervenção do Poder Judiciário no processo de extradição varia, como se vê, em função da maior ou menor proteção que o ordenamento jurídico do Estado requerido queira outorgar ao extraditando” (228).

Em conclusão deste ponto específico de seu voto, Joaquim Barbosa insurge-se contra a corrente que se formava naquele julgado, a de que o Supremo Tribunal deveria determinar a extradição de Cesare Battisti ao governo italiano. Partindo dos principais corolários de seu raciocínio – o primeiro, de que as relações internacionais são da alçada do Poder Executivo, o segundo, de que o Poder Judiciário atua nestes casos para a garantia dos direitos fundamentais envolvidos – o Ministro declara que

causa perplexidade, no caso ora sob exame, o fato de o Poder de Estado incontestavelmente competente para a conduta das nossas relações internacionais haver concedido refúgio político ao extraditando e, por tanto, fechado as portas à possibilidade de sua entrega ao Estado Requerente da extradição, ao passo que o órgão constitucional cuja intervenção no processo extradicional, segundo a Constituição, deve se operar no sentido da proteção jurídica dos direitos do extraditando, contra ele se volte e determine a sua entrega ao país de origem (p. 229).

3.4 DECISÃO DA CORTE: O RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DO ATO DE GOVERNO EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO

O julgamento, que se iniciara em 9 de setembro de 2009, somente seria concluído em 18 de novembro do mesmo ano. E teria ainda mais uma especificidade: o Ministro Ayres Britto, que votara inicialmente pela revogação do *status* de refugiado a Cesare Battisti, concluiria pelo reconhecimento de que o deferimento do pedido de extradição compete ao Presidente da República.

De tal forma, o Ministro Ayres Britto compôs duas maiorias que, em princípio dos debates em plenário e da leitura dos votos, pareciam impossíveis de se coadunarem: o Poder Judiciário acaba por declarar a invalidade do refúgio concedido por um Ministro de Estado – que não o faz senão por delegação do Presidente da República –, e devolve a competência para o chefe do Executivo para conceder ou não a extradição.

O acórdão, disponível na íntegra de seiscentas e oitenta e seis páginas apenas em 16 de abril de 2010 – cerca de cinco meses após o fim do julgamento –, então, acaba por concretizar aquele entendimento basilar presente no voto que aqui se trouxe: as relações internacionais, como competência constitucional outorgada, são exercidas pelo Poder Executivo.

E, ainda, o Supremo Tribunal Federal, no caso específico da extradição, não tem o condão de determinar a entrega do estrangeiro, porém, segundo a terminologia que já vem trazida neste capítulo, o de autorizar esta mesma entrega.

É de se formar um entendimento, como aqui se quer, que vá à generalização acerca da competência do Poder Judiciário na apreciação de um ato de governo. Segundo este entendimento, verifica-se aquela atuação negativa deste Poder, segundo se limite a esfera do político à dimensão dos direitos fundamentais envolvidos, porém não se pode, como acabou por não se fazer, que o Supremo Tribunal Federal ou qualquer outro órgão judicante determine uma prestação segundo seja o seu entendimento em uma matéria afeita, constitucionalmente, aos Poderes Executivo ou Legislativo.

O reconhecimento que se quer propor é o de que cada Poder possui suas próprias funções institucionais. E esta leitura não se pode deixar de fazer em sendo o caso de apreciação do controle das atividades governamentais pelo Poder Judiciário. É dizer: ainda em um Estado democrático de direito há espaços em que uma Suprema Corte reconhece sua incompetência para apreciação.

Não será, assim, que há espaços de atuação governamental, legislativa ou mesmo judiciária em que não vigore a Constituição Federal. Será, porém, o reconhecimento de que em determinados campos da atuação dos Poderes, o reconhecimento da ordem constitucional é no sentido de que não atue o Poder Judiciário para dar-lhe o conteúdo, porém balize-lhe o alcance segundo a maior concretização dos direitos fundamentais.

Tal é, afinal, a função institucional desse Poder: a garantia máxima do exercício dos direitos fundamentais e o cumprimento dos mandamentos constitucionais. A separação dos Poderes, conforme já se disse, tem fundamento na mesma ordem que assegura ao Poder Judiciário que atue na garantia dos direitos.

Em suma, pode-se dizer que o Poder Judiciário, ao reconhecer atos ou exercícios de poderes em que não tem, nos termos de Joaquim Barbosa, prerrogativas a defender, não age limitando a sua própria atuação. Uma vez que sua função é, primordialmente, assegurar o cumprimento da Constituição Federal, age, isto sim, dando efetivação ao texto constitucional, cumprindo assim de forma máxima sua função institucional.

CONCLUSÃO

Atentar para o esboço histórico de um instituto de direito público conduz a, antes de qualquer coisa, efetuar-se referências entre o estado político das coisas e seus reflexos do universo jurídico. Daí se observa uma relação capaz de desvelar a aura manualística dos institutos jurídicos como frutos de um construído que – de *agora* em diante – não está mais passível de transformação.

A configuração do ato de governo dependeu de cada momento em que se situava sua análise, sem que seja possível, pelo simples contato com a pesquisa histórica aqui desenvolvida, que se possa falar em um fluxo contínuo, uma tendência uníssona no sentido da interpretação do instituto, um percurso leve e sem sobressaltos que logicamente conduziria ao estado do debate atual.

Depende-se, isto sim, da concatenação entre aqueles universos em uma conflituosidade específica: os possíveis excessos de um levados à apreciação do outro. Nesta apreciação, o Poder Judiciário não se manifesta, como se pode querer em uma visão talvez ausente de contextualização histórica, ausente e isolado das circunstâncias que o cercam. Esse Poder tem demonstrado, segundo a narração dos aspectos históricos destacados, um inegável senso de colocação diante do mundo em que se insere.

Assim que, de móvel político, passou-se à teoria da natureza do ato. Se na primeira a definição do que fosse ato de governo – e que a partir daí traria as implicações próprias da leitura francesa – era efetuada posteriormente, quando mesmo de um eventual questionamento judicial, na segunda o Poder Judiciário se torna capaz de julgar segundo um critério pretérito e delimitado, os atos de governo se transformam em um grupo delimitável.

Do desenrolar que se apresentou no trabalho, se pôde identificar a tendência de o Executivo centralizador tentar positivar sua insindicabilidade mediante uma variada gama de instrumentos normativos. Dos quais se destacaram, neste país, o texto constitucional oriundo de um golpe civil-militar e os atos institucionais manejados por uma posterior ditadura militar. Se no primeiro houve o aceno de que seria adotado um modelo de ato de governo em relação a sua natureza, para que então se caísse na velha prática do móvel político, nos atos institucionais exigia-se uma referência no procedimento – segundo estivesse este sendo efetuado nos termos daqueles, o que configuraria, em tese, uma limitação do âmbito de não-apreciação judicial –, porém

alargada ao ponto de que a menção a um dos atos obstasse o conhecimento de uma ação judicial.

Foi possível identificar uma tendência à autolimitação por parte do Poder Judiciário quando defronte a um Executivo reforçado, normalmente, por um momento de instabilidade institucional, oriundo no mais das vezes da sequência de um golpe de Estado. Dentre estes momentos foram trazidos aquele que aqui se chamou gênese histórica do instituto, na França da restauração bourbônica, e um julgamento de *habeas corpus* em especial, na Primeira República brasileira, em que a expressão razões de Estado pareceu que estava presente no texto constitucional em confronto a seu coautor.

Mais ainda: se for considerada a leitura de Pontes de Miranda, quando clamava que, mesmo diante das cláusulas de afastamento da apreciação judicial presentes nos atos institucionais, restava um papel atuante ao Poder Judiciário de adequar medidas governamentais aos instrumentos normativos, a verificação da prática judiciária, de abstração total do conhecimento, indica que autolimitação e positivação não se excluem, coexistindo frente à insegurança institucional.

Ocorre, destarte, que fases de estabilidade política são aquelas em que mais se desenvolvem teorias da ampla sujeição das funções de governo ao Poder Judiciário, em uma tendência a eliminar espaços resguardados à esfera da Política.

Em defesa da Política, na qual grandes questões nacionais podem vir à tona do debate público e serem colocadas como contraponto entre correntes distintas, talvez se tenha efetuado este trabalho. Um amplo e efervescente espaço de ideias, como se afigura o Brasil da redemocratização, não pode que seja suprimido pela manifestação providencial e definitiva de uma corte de magistratura.

Ainda que se considere que o percurso da configuração histórica do instituto do ato de governo, no direito brasileiro e no referencial francês adotado, está relacionado, de maneiras diversas, a formas autoritárias de governo, em que principalmente há uma exacerbação dos poderes emanados do Executivo, a conclusão a que se pôde chegar foi que é possível conceber-se uma manifestação democrática do objeto deste estudo.

Àquela corte, máxima, cabe também sua função. Mas esta será aquela determinada pelo texto constitucional, pela configuração de um Estado Constitucional de Direito. A função da magistratura há de se manter central neste Estado: resguardar em seus termos máximos o gozo dos direitos humanos fundamentais.

É daí que o objeto do estudo adquire sua feição democrática, porque condizente com um modelo de Estado em que há respeito às atribuições dos Poderes conforme sua delegação constitucional, com a necessária primazia dos direitos dos cidadãos.

O ato de governo, enquanto manifestação do Poder Executivo, e seu reconhecimento, enquanto teoria adotada pelo Poder Judiciário, torna-se um instituto democrático na medida em que sua adoção, segundo o *modo de uso* sugerido por esse trabalho, é capaz de amalgamar a maximização da prestação jurisdicional no tocante à efetivação dos direitos fundamentais e o respeito à separação constitucional dos Poderes.

É porque ambos são fundados sobre o mesmo elemento, e devem sempre a ele obediência: a soberania do povo brasileiro.

O voto trazido para análise, em que há uma conclusão em que se reconhece, segundo os ditames constitucionais, a ausência da capacidade de o Poder Judiciário elaborar *posição* acerca de um assunto que a Constituição delega ao Poder Executivo, aponta no sentido da atualidade da discussão proposta neste trabalho.

Suprimi-la é ocultar-se uma importante faceta do Estado constitucional e, mais, pode conduzir a um Poder Judiciário que olvida sua função. Um judiciário que acaba, de garantidor de direitos e fiscalizador do seu cumprimento, tornando-se o oposto do que a Constituição lhe previu, com uma faceta de livre exercício da substituição do *móvel* político de um outro Poder pelo seu próprio.

BIBLIOGRAFIA

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARBOSA, Rui. **Atos Inconstitucionais**. Campinas: Russel, 2003.

_____. **O Habeas-Corpus**, O PAÍZ nº 3646, 23/04/1892

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. **Revista Direito GV: São Paulo**, 8[1], 2012.

BARRAL, Welber. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BURDEAU, François. **Histoire Du Droit Administratif**. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. Curitiba: Juruá, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CERQUEIRA, Marcello. **Controle do Judiciário: doutrina e controvérsia**. Rio de Janeiro: Revan, 1995.

_____. **Cartas constitucionais, império, República e autoritarismo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **A constituição na história:** origem & reforma : da revolução inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

CHACON, Vamireh. **Vida e Morte das Constituições Brasileiras.** Rio de Janeiro: Forense, 1987.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública.** São Paulo : Saraiva, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. **Manual de direito administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1975.

DUEZ, Paul. **Les Actes de Gouvernement.** Paris: Sirey, 1935.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2010.

ELIZONDO, Roberto Ríos. **El Acto de Gobierno: El Poder y el Derecho Administrativo.** Ciudad de Mexico: Porrúa, 1975.

FERREIRA, Waldermar. **História do Direito Constitucional Brasileiro.** Brasília: Senado Federal, 2003.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2000.

FRATE, Paolo Alvazzi del. **Origins of référé legislatif.** Texto apresentado na 37th Deutscher Rechtshistorikertag in Passau, 2008.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GARNER, Lydia M. **Justiça Administrativa no Brasil do Segundo Reinado.** Guadalajara: XX International Congress Latin American Studies Association, 1997.

HAMBLOCH, Ernest. **Sua Majestade o Presidente do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2000.

HAOURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif contenant le droit public et le droit administratif**. Paris: L. Larose & Forcel, 1893.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

LONG, Miguel. et al. **Les grands arrêts de la Jurisprudence Administrative**. Paris: Sirey, 1958.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Consultas da Seção de Justiça do Conselho de Estado (1842-1889): a formação da cultura jurídica brasileira. **Almanack Braziliense**, Vol. 5, 2007.

MANGABEIRA, João. A Inconstitucionalidade das Leis. **Diário Carioca**, ed. 1701, 17 de fevereiro de 1934.

MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado De Derecho Administrativo**, t. II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 172.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e Pareceres de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

_____. Poder de Polícia e Segurança Nacional. **Revista dos Tribunais**. Vol. 445, 1972.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Discrecionariade e Controle Judicial**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MERLIN, Philippe-Antoine. **Repertoire Universel et Rasonné de Jurisprudence**. 4 ed. Tomo XI. Paris: Chez Garnery, 1815.

MIRANDA, Pontes de. **Comentarios a Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

NOGUEIRA, Otaciano. **Constituições Brasileiras : 1824**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **Monografia Jurídica: Orientação Metodológica para o Trabalho de Conclusão de Curso**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras**. Vol. III. 1934. Brasília: Senado Federal, 2007.

RIVERO, Jean. **Droit Administratif**. Paris: Dalloz, 1980.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

RODRIGUES, José Honório. **O Conselho de Estado: o quinto poder?** Brasília: Senado Federal, 1978.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

TAMER, Sérgio Victor. **Atos Políticos e Direitos Sociais nas Democracias: um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

URUGUAI, Visconde do. **Ensaio sobre o Direito Adminsitrativo**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

VEDEL, Georges. **Droit Administratif**. Paris: Presses Universitaires de France, 1973.

VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio**. São Paulo: Leya, 2011.

VIVEIROS DE CASTRO, Flávia de Almeida. O controle dos atos de governo. **Revista dos Tribunais**, Vol, 760, 2005.